

*Zur Methode in Benedikt Carpzovs
zivilrechtlichen Werken*

*Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechts-und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau*

*vorgelegt von
Joachim-Friedrich Heine
Gerichtsreferendar
aus Baden-Baden*

1963

*Zur Methode in Benedikt Carpzovs
zivilrechtlichen Werken*

*Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechts-und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau*

*vorgelegt von
Joachim-Friedrich Heine
Gerichtsreferendar
aus Baden-Baden*

Referent: Professor Dr. Hans Thieme

Koreferent: Professor Dr. Erik Wolf

Dekan: Professor Dr. Konrad Hesse

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Juli 1963



M e i n e n E l t e r n



Digitized by the Internet Archive
in 2026

I N H A L T

	Seite
<u>Einleitung</u>	1
I. Plan der Darstellung	1
II. Lebenslauf	2
 <u>Erstes Kapitel: Aufbau und System</u>	5
Erster Abschnitt: Die zivilrechtlichen Werke	5
I. Die benutzten Ausgaben	5
II. Vergleich der Werke nach dem Inhalt	7
 Zweiter Abschnitt: Der Aufbau	10
I. Die Disposition der einzelnen Werke	10
1. Ziel des Aufbaues	10
2. Der Aufbau in den Responsen und Decisionen	10
3. Der Aufbau in den Definitionen	12
II. Der Aufbau der einzelnen Abhandlung	15
1. In den Spruchsammlungen	15
2. Scholastische Einflüsse	19
3. In den Disputationen	21
 Dritter Abschnitt: Das System	23
I. Das System in juristischen Werken	23
1. System und Aufbau	23
2. Systeme vor Carpzov	26
II. Folgen aus dem Mangel des Systems.	30
1. Bei der Dogmatik	30
2. Bei der Gedankenführung	34
III. Gründe für die Methode	37

	Seite
<u>Zweites Kapitel: Der wissenschaftliche Apparat</u>	40
Erster Abschnitt: Die Zitate	40
I. Die Verwendung des Gesetzes	40
1. Die Art des Zitierens	40
2. Die Verwendung des Gesetzes	41
II. Die verwendeten Gesetze	44
1. Die Rechtsquellen	44
2. Das Verhältnis der Rechtsquellen	45
III. Die Geltung des Gesetzes	47
1. Positivistische Züge	47
2. Die Aequitas	50
3. Der usus fori	53
Zweiter Abschnitt: Die Sprüche	54
I. Zahl und Verteilung	54
II. Die Bedeutung der Sprüche	56
1. Der äußere Eindruck	56
2. Die Bedeutung der Sprüche	59
Dritter Abschnitt: Die Allegate	62
I. Art der Allegate	62
1. Zahl und Verteilung	62
2. Die Bedeutung der Autoren	66
II. Die Verwendung der Allegate ,	72
1. Die Verwendung im allgemeinen	72
2. Einzelne Autoren	79
<u>Drittes Kapitel: Die Rezeption bei Carpzov</u>	89
Erster Abschnitt: Das eheliche Güterrecht bei Carpzov .	89
A. Das eheliche Güterrecht unter Lebenden.	90

	Seite
I. Die Vermögensmassen	90
1. Grundsätzlicher Standpunkt	90
2. Die Dos	94
3. Die Paraphernalien	98
4. Das Sondergut	98
5. Die Gerade	99
II. Nutzung und Erwerb während der Ehe	103
1. Das Nutzungs- und Verwaltungsrecht des* Mannes	103
2. Der Erwerb während der Ehe	106
III. Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis	109
1. Die ehemännliche Vormundschaft	109
2. Die Verpflichtungsbefugnis	112
3. Die Verfügungsbefugnis	114
IV. Die Haftung für Schulden	119
1. Grundsätze	119
2. Das S Ct. Velleianum	120
3. Vorzugsrechte der Frau	122
V. Verträge zwischen den Ehegatten	125
1. Dotalverträge	125
2. Die Donatio propter nuptias	128
3. Die freiwillige Morgengabe	129
4. Die Ehegattenschenkung	130
 B. Das eheliche Güterrecht von Todes wegen	132
I. Tod der Frau	132
II. Tod des Mannes	137
1. Grundsätze des Erbrechts der Frau	137
2. Das Dotalitium	139
3. Der Anfall der Gerade	142
4. Die gesetzliche Morgengabe	142
5. Das Musteil	144

	Seite
6. Das Heergewäte	145
7. Die Rückgabe der Dos	145
C. Die güterrechtlichen Folgen der Scheidung	148
Zweiter Abschnitt: Carpzov und die Rezeption	148
<u>Viertes Kapitel: Der Einfluß Carpzovs auf Mit- und</u> <u>Nachwelt</u>	157
Erster Abschnitt: Die Praxis	157
I. Die Gesetzgebung und Rechtsprechung	157
1. Die Gesetzgebung	158
2. Die Rechtsprechung	160
II. Gründe für Carpzovs Ansehen in der Praxis	164
1. Die Gründe	165
2. Gefahr und Nachteil dieses Einflusses	169
Zweiter Abschnitt: Die Wissenschaft	172
I. Die deutsche Rechtswissenschaft in der Zeit Carpzovs	173
II. Die deutsche Rechtswissenschaft nach Carpzov . . .	177
1. Nachfolger in der Methode	177
2. Geltung Carpzovs in sachlicher Hinsicht . . .	178
III. Verlöschen des Ansehens in der historischen Schule	194
Zusammenfassung	196

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Agricola, Alfr. Die Gewere zu rechter Vormundschaft
als Prinzip des sächsischen ehelichen
Güterrechts
Gotha 1869
- Behre, Ernst Die Eigentumsverhältnisse im ehelichen
Güterrecht des Sachsenspiegels und Mag-
deburger Rechts
Weimar 1904
- Berger, Joh. Heinr. Oeconomia Juris
2. Aufl. Leipzig 1728
- Berlichius, Matthias Conclusiones Practicabiles
ben. Ausg.: Leipzig 1693.
- Boehm, Ernst Der Schöppenstuhl zu Leipzig und der
sächsische Inquisitionsprozeß im Barock-
zeitalter
ZStrRW Bde: 59,311ff und 671ff; 60,155ff;
61,300ff 1940ff
- Boehmer, Justus Henn. Exercitationes ad Pandectas
2.Aufl.Hannover u. Göttingen 1764
- Engelmann, Fr. Die Wiedergeburt der Rechtskultur in
Italien durch die wissenschaftliche
Lehre
Leipzig 1938
- Faber, Antonius Codex Definitionum Forensium
ben Ausg.: Lyon 1649.
- Friedberg, Emil Das Collegium Juridicum
Leipzig 1882.
- Glück, Chr.Friedr. Ausführliche Erläuterung der Pandekten
Erlangen 1790ff
- Grabmann, Martin Die Geschichte der scholastischen
Methode, Teil I u.II
Anastat. Neudruck der 1.Aufl.
Freiburg 1909
Darmstadt 1961 - Wissensch.Buchgesell-
schaft
- Gudian, Günter Die Begründung in den Schöffensprüchen
des 14. und 15. Jahrhunderts
Darmstadt 1960
- Hübner, Rudolf Grundzüge des deutschen Privatrechts
5. Aufl. Leipzig 1930

- Jöcher, Chr. Gottl. Gelehrten-Lexicon
Leipzig 1750, 1751
- Kaser, Max Das römische Privatrecht
München, Bd.1: 1955 Bd. 2: 1959
(Handbuch der Altertumswissenschaft
X,3,3)
- Kiesel, Karl Die Bedeutung der Gewere des Mannes
am Frauengut
Breslau 1906
Gierkes "Untersuchungen zur deutschen
Staats- und Rechtsgeschichte"
Heft.85
- Koschaker, P. Europa und das römische Recht
München und Berlin 1947
- Krause, Hermann "Cessante causa cessat lex" ZStt,
kan. Abt. Bd.77; 1960 S.81ff
- Leyser, Augustin Meditationes ad Pandectas
2. Aufl. Leipzig, Braunschweig,
Wolfenbüttel 1771
- v. Martitz, Ferd. Das eheliche Güterrecht des Sachsen-
spiegels und der verwandten Rechts-
quellen
Leipzig 1867
- Michaelis, Karl Wandlungen des deutschen Rechtsdenkens
seit dem Eindringen des fremden Rechts
in: "Grundfragen der neuen Rechtswissen-
schaft"; auch als Sonderdruck.
Berlin 1935
- Kunkel, Wolfg. Quellen zur neueren deutschen Privat-
rechtsgeschichte I, 2.Abt.
herausg. v. Beyerle, Thieme, Kunkel
Weimar 1938
- Pistoris, Hartmannus Quaestiones
ben. Ausg.: Heidelberg 1604, Jena 1609
- Sachsenspiegel Landrecht. Hrsg. v. K.A. Eckhardt,
Göttingen 1955, Germanenrechte,
Neue Folge
- Schletter, Herm.Th. Die Konstitutionen Kurfürst Augusts
von Sachsen von 1572
Leipzig 1857
- Schneider, Paul Die Rechtsquellen in Carpzovs
Practica Nova
Diss. Bonn 1940
Heft 408 in Schoetensacks Strafrechtli-
chen Abhandlungen
Breslau - Neukirch

- Schott, Aug. Frid. Institutiones Juris Saxonici
Electoralis Privati
Leipzig 1778
- Schroeder, Rich. Geschichte des ehelichen Güterrechts
in Deutschland
2. Theil, 3.Abt.: Das eheliche Güter-
recht Norddeutschlands und der Nieder-
lande im Mittelalter
Stettin, Danzig, Elbing 1874
- v. Schwerin - Thieme Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte
Berlin und München 1950, 4.Aufl.
- Stintzing-Landsberg Geschichte der deutschen Rechtswissen-
schaft
1. und 2. Abt. von Rod. Stintzing,
München u. Leipzig 1880/4
3. Abt. von E. Landsberg
München und Leipzig 1898 und 1910
- Viehweg, Theodor Topik und Jurisprudenz
2. Aufl., München 1963
- v. Weber, Hellm. Benedikt Carpzov, in: Festschrift
für E.H. Rosenfeld S.29ff
Münster 1949
- Wieacker, Franz Privatrechtsgeschichte der Neuzeit
Göttingen 1952
- Wolf, Erik Große Rechtsdenker der deutschen
Geistesgeschichte
4. Aufl., Tübingen 1963
- Zobel, Christoph Sachsenspiegel, Leipzig 1569;
zitiert als Ssp-Glosse

Nur gelegentlich verwendete Arbeiten sind in den Fußnoten
angeführt.

Abkürzungen und Zitierweise

All, Alleg	Allegat(e)
Auth	Authentica
C	Codex
Const	Constitution(en)
D	Digesten
Dec	Decision(en)
Def	Definition(en)
Disp	Disputation(en)
Don Ger	Disputatio de Donatione Geradae
I	Institutionen
Jur Foem	Disputatio de Juribus Foeminarum
LS	Leitsatz
Nov	Novelle(n)
Resp	Responsen, Responsum
Ssp	Sachsenspiegel
Übern	Übernahme(n)
ZSSt	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte; zitiert nach Band und Seite
ZStrRW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechts- wissenschaft; zitiert nach Band und Seite

Die Literatur wird nach dem Verfasser zitiert; die "Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft" von Stintzing-Landsberg nach dem jeweiligen Verfasser mit Kennziffer des Bandes (I, II, III). Im übrigen sind die gebräuchlichen Abkürzungen verwandt.

Soweit nicht nach Seitenzahlen zitiert wird, ist bei Gesetzeszitaten wie Literaturallegaten stets vom selben System auszugehen: Das übergeordnete Einteilungsprinzip steht immer voran. Z.B.:

Def 1,28,100,1 = Definitionen, Teil 1, Const 28,
Definitio 100, num 1;

D 23,3,9,1 = Digesten, Buch 23, Titel 3, lex 9, Paragraph 1.

In den Fällen doppelter Zählung wird nur die Haupteinteilung berücksichtigt, z.B.:

In den Resp teilt Carpzov in: Buch, Titel, Responsum, Numerus ein. Die einzelnen Responsen werden innerhalb eines Buches aber ohne Rücksicht auf die Titelgliederung fortlaufend gezählt. Diese ist daher nicht aufgenommen. Resp 1,2,1 bedeutet also: Responsen, Buch 1 (Titel 1 entfällt), Responsum 2, Numerus 1.

Dasselbe gilt für die Einteilung nach Büchern in den Decisionen.

E i n l e i t u n g

I. Plan der Darstellung

Das Bild Benedikt Carpzovs in der rechtsgeschichtlichen Literatur ist seit langem durch den Einfluß bestimmt, den dieser berühmte sächsische Schöppe auf die Entwicklung des deutschen Strafrechts genommen hat. Bis in die jüngste Zeit sind Arbeiten veröffentlicht worden, die sich mit seinen strafrechtlichen Werken befassen¹⁾. Die ungleich umfangreichere zivilrechtliche Seite seines Schaffens blieb seit Stintzing²⁾ weiterhin unbeachtet.

Die vorliegende Dissertation versucht, auch diesen Teil seines Wirkens etwas aufzuhellen. Ihr Ziel ist nicht, dogmengeschichtlich die Wirkung zu verfolgen, die Carpzov auf die zivilrechtliche Lehre der späteren Zeit genommen hat, vielmehr ist eine Charakterisierung seiner zivilistischen Methode erstrebt. Das

- 1) Adolf Lobe "Die allgemeinen strafrechtlichen Begriffe nach Carpzov" Diss. Leipzig 1894.
Hilde Baruch "Carpzovs kulturelle Grundanschauungen" Diss. Hamburg 1923.
Klaus Tietz "Perduellio und Maiestas" Diss. Halle 1936.
Paul Schneider "Die Rechtsquellen in Carpzovs Practica Nova" Diss. Bonn 1940.
Ernst Boehm "Der Schöppenstuhl zu Leipzig und der sächsische Inquisitionsprozeß im Barockzeitalter" ZStRW 1940, 311; 1941, 155; 1942, 300.
Ernst Boehm "Der große Leipziger Schöppe Benedikt Carpzov" in der Zeitschrift "Sachsen" 1941 S. 18ff.
A.R. von der Linden "Zur Frage der Strafrechtsanalogie in Benedikt Carpzovs Practica Nova" Diss. Bonn 1947.
Rudolf Roik "Die Notwehrlehre in Benedikt Carpzovs Practica Nova" Diss. Bonn 1947.
Hellmuth von Weber "Benedikt Carpzov" in der Festschrift für E.H. Rosenfeld Münster 1949, S. 29-50.
Hubert Hahn "Die Stellung des Beschuldigten in den strafrechtlichen und prozeßrechtlichen Grundanschauungen Carpzovs" Diss. Köln 1951.
Dieter Sellner "Durchbruch der Lehre vom Verbrechensversuch im sächsischen Strafrecht als Ausfluß der Rezeption" Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen 52, Bonn 1961.
Damit sind nur die größeren Arbeiten genannt.
- 2) Stintzing II S. 55ff.

bedeutet eine doppelte Beschränkung in der Benutzung der Arbeiten Carpzovs. Herangezogen sind nur die größeren Werke zivilrechtlichen Inhalts, und die Disputationensammlung. Auf eine eingehende Untersuchung der zahlreichen kleinen Dissertationen konnte verzichtet werden, da es sachlicher Vollständigkeit nicht bedurfte. Zugleich mußte das Lehens-, Zivilprozeß- und Strafrecht, das sich auch in den überwiegend zivilistischen Sammlungen findet, ausgeschaltet werden.

Die gesetzte Aufgabe bestimmte weiter die Methode der Untersuchung. Zunächst werden in einem ersten Kapitel Aufbau und System der Werke dargestellt. Es folgt im zweiten Kapitel die Untersuchung des wissenschaftlichen Apparates, d.h. der Verwendung der Rechtsquellen, der Literatur und der Rechtssprechung. Danach kann im dritten Kapitel am Beispiel des ehelichen Güterrechts das Verhältnis Carpzovs zur Rezeption behandelt werden. Das vierte Kapitel stellt mit einer Übersicht der Fortgeltung der Werke Carpzovs nach seinem Tod die Probe darauf dar, ob die zuvor gewonnenen Ergebnisse Wahrscheinlichkeit für sich haben. Denn daraus, wie die Autoren der späteren juristischen Schulen zu Carpzov Stellung nehmen, ergeben sich Rückschlüsse auf Carpzov selbst, die für alle späteren Autoren zu dem Ergebnis führen müssen, das zuvor erarbeitet wurde. Den Abschluß bildet der Versuch einer Würdigung Carpzovs als Zivilrechtler.

II. Der Lebenslauf

Da seine Entwicklung auf die Gestalt seiner Werke sichtbar Einfluß nahm, sei ein Überblick über Carpzovs Leben vorangestellt. Geboren³⁾ zu Wittenberg am 27. Mai 1595 als zweiter Sohn des Professors der Rechte und späteren Kanzlers der Kurfürstin-Witwe Sophie, Benedikt Carpzov (I.) des Älteren, promovierte er nach siebenjährigem Studium (1610 - 1617 in Wittenberg, Leipzig und Jena) 1619 in Wittenberg zum Dr. iur. Eine anschließende einjährige Auslandsreise, die zur Vervoll-

3) Zum Lebenslauf im Folgenden Stintzing II S. 55ff.

ständigung der Bildung übliche "Peregrinatio Academica", verschaffte ihm eine Begegnung mit dem französischen Juristen Anton Faber und eine flüchtige Kenntnis der westeuropäischen Nachbarstaaten Deutschlands. Einen geplanten längeren Aufenthalt in Holland verhinderte seine Berufung zum außerordentlichen Beisitzer des Leipziger Schöppenstuhles.

Am 23. April 1620 trat er in das berühmte Kollegium ein, schon 1623 wurde er ordentlicher Beisitzer und im Laufe der Jahre Senior des Schöppenstuhles. Daneben übernahm er 1636 eine Assessur am Oberhofgericht zu Leipzig und eine Ratsstelle am Appellationsgericht in Dresden. Da diese beiden Gerichte nur periodisch wiederkehrende Sitzungen abhielten, konnte er die Tätigkeit beim Schöppenstuhl weiterhin beibehalten. 1644 wurde er zum Hofrat am sächsischen Hof in Dresden berufen. Er blieb nur wenige Monate in dieser Stellung. Schon 1645 kehrte er in den Schöppenstuhl zurück und übernahm zugleich das Ordinariat an der Universität Leipzig⁴⁾, das ihm neben der Professur der Decretalen auch die Last des ständigen Dekanats aufbürdete. Indessen hat Carpzov nur wenig Zeit für die Universität geopfert, denn er ließ nach der zeitgemäßen Unsitte⁵⁾ in seinen Vorlesungen durch einen "konstituierten Lektor"⁶⁾ seine Konzepte verlesen. Sein Wirkungskreis vergrößerte sich nochmals, als er 1645 Assessor primarius im Oberhofgericht in Leipzig wurde und als solcher die Direktorialgeschäfte zu führen hatte.

4) Die Verbindung dieser beiden Ämter war nur mit besonderer kurfürstlicher Erlaubnis möglich, da Kurfürst August 1574 bei der Neukonstituierung des Schöppenstuhles eine solche Ämterhäufung auf Grund übler Erfahrungen ausdrücklich verboten hatte.

Boehm ZStRW Bd.60 S.202.

5) Friedberg S.31, 68f.

6) Stintzing II S.58. Das störte insofern wenig, als der ganze Universitätsbetrieb ohnehin nicht auf den Vortrag des Professors, sondern auf das In-die-Feder-Diktieren ausgerichtet war, vgl. Friedberg S.68.

Das Jahr 1653 brachte dem erfahrenen Mann die Berufung in das "Geheime Raths-Collegium" - nicht ohne Widerstand der bisherigen Räte⁷⁾ und wohl auch nicht nach seinen eigenen Wünschen; verlor er doch die lieb gewordenen Stellen in Leipzig. Nur die Tätigkeit als Rat am Appellationsgericht in Dresden behielt er bei. Indes vermochte dem langjährigen Richter die Aufgabe bei Hofe auf die Dauer keine Befriedigung zu gewähren. Er strebte auch nach dem vertrauten Leipzig zurück und nahm daher bei einer Vakanz am Schöppenstuhl 1661 den Anlaß wahr, seine Entlassung aus dem Geheimen Rat einzureichen. Sie wurde sofort gewährt. So konnte er, nach Leipzig zurückgekehrt, wieder in den Schöppenstuhl eintreten, wo er durch "merkwürdigen Zufall" (Stintzing) bald wie einst die Aufgaben des Seniors übernehmen konnte, obwohl er als jüngstes Mitglied noch einmal von unten hatte beginnen müssen.

Am 31. August 1666 starb Carpzov 71jährig zu Leipzig, ohne Nachkommen zu hinterlassen. Sein Testament ist teilweise veröffentlicht bei Dieter Pleimes "Weltliches Stiftungsrecht" Band III Heft 3 der Forschungen zum deutschen Recht, Weimar 1938, S. 331ff.

7) Stintzing II S.59 Anm.1.

Erstes Kapitel

A u f b a u u n d S y s t e m

Erster Abschnitt: Die zivilrechtlichen Werke

I. Die benutzten Ausgaben

Die Untersuchung ist auf die zivilrechtlichen Werke Carpzovs beschränkt. Indessen sind die umfangreichen Folianten nur teilweise zivilrechtlichen Inhalts. Als Sammlungen von Rechtsfällen und Dissertationen enthalten sie außer dem Zivilrecht auch Straf-, Lehens- und Prozeßrecht. Im Einzelnen handelt es sich um folgende Werke:

1. "Jurisprudentia Forensis Romano- Saxonica Secundum Ordinem Constitutionum D. Augusti Electoris Saxon. in partes IV divisa"

Die erste Auflage dieses bedeutendsten unter den zivilrechtlichen Werken erschien (fol) 1638 in Frankfurt. Noch zu Carpzovs Lebzeiten folgten drei weitere Auflagen in Frankfurt und Leipzig¹⁾. Für die vorliegende Arbeit wurde die Ausgabe Leipzig 1668 - Editio quinta - benutzt. Das Werk wird nach seiner Einteilung künftig als "Definitionen" bezeichnet.

2. "Responsa Juris Electoralia"

Die erste Auflage erschien 1642 in Leipzig (fol), die zweite, hier benutzte, 1657 daselbst²⁾. Zitiert wird als "Responsen".

3. Das "Opus Decisionum illustrium Saxonicarum" erschien ursprünglich in drei Bänden (4⁰) zu 100 Decisionen 1646, 1652 und 1654, später (fol) gesammelt in einem Band³⁾. Hier wurde die Ausgabe Leipzig 1690 herangezogen, die als "Decisionen" zitiert wird.

Diese drei Sammlungen enthalten zahlreiche auf Urteilen be-

1) Stintzing II S.84.

2) Stintzing II S.87.

3) Stintzing II S.88.

ruhende Abhandlungen, die mit einem den Inhalt zusammenfassenden Leitsatz eingeleitet und durch einen oder mehrere "Sprüche"⁴⁾ verschiedener Dikasterien beschlossen werden. Sie werden wegen der kennzeichnenden Sprüche künftig unter der Bezeichnung "Spruchsammlungen" zusammengefaßt.

4. Eine Sammlung wissenschaftlich-theoretischer Traktate - Dissertationen⁵⁾ - stellt dagegen das "Volumen Disputationum Historico-politico-Judiciarum" dar, das, 1651 (fol) in Leipzig zum ersten Mal erschienen⁶⁾, kleinere, z.T. einzeln veröffentlichte Schriften zusammenfaßt. Benutzt ist eine Ausgabe Leipzig 1666. Der ganze Band wird als "Disputationen" zitiert, die Einzelabhandlungen nach ihrem Titel.

5. Daneben steht eine Vielzahl von einzeln veröffentlichten Dissertationen⁷⁾, die hier unberücksichtigt bleiben. Die Methode und Aufbau kennzeichnenden Merkmale lassen sich mit hinreichender Deutlichkeit aus den Disputationen entnehmen. Die Sammlungen sind in lateinischer Sprache geschrieben. Carpzovs Latein steht freilich nicht auf der Höhe der humanistischen Sprachkunst; es ist mehr dem verrufenen Juristenlatein des Bartolus benachbart als dem eleganten Stil eines Zasius. Dazwischen tauchen Zitate in hochdeutscher Sprache aus Reichs- und Landesgesetzen auf: auch der Sachsenspiegel wird (in der Zobel'schen Übertragung) hochdeutsch zitiert. Ganz vereinzelt finden sich auch griechische Worte^{7a)}. Allen Werken ist ge-

4) Es wird der neutrale Ausdruck "Spruch" verwendet, da es sich nicht ausschließlich um Urteile handelt.

5) Zu den "Dissertationen" dieser Zeit vergl. Stintzing II S.27. Sie sind vom Lehrer verfaßt und den Schülern z.T. diktirt z.T. im Druck überlassen. Der "Respondens" ist einer der Schüler, der in den "Exercitationes" den als "Thesis" vorangestellten Leitsatz in öffentlicher Diskussion gegen Einwände zu verteidigen hatte.- In manchen Ausgaben (z.B. Centuria positionum judiciarum de Juribus foeminarum von 1653) sind die Respondenten angegeben. (Diese Angabe fehlt im Volumen Disputationum).

6) Lipenius, Bibliotheca realis Juridica, 1.Auflage Leipzig 1736 S.156.

7) Vgl. bei Lipenius den Index unter "Benedikt Carpzov". Die Dissertationen sind hier (vollzählig?) aufgeführt.

7a) Z.B. in Def. 2,31, 2,1; Dec. 199,6.

meinsam die Einteilung. An der Spitze steht eine Sammlung aller Leitsätze. Es folgt dann der Text, beschlossen von einem sehr gründlich gearbeiteten Stichwortregister. Die Bände sind zweispaltig gedruckt, Zitate und Fragen durch Kursivschrift abgesetzt und hervorgehoben. Jede Einzelerörterung wird durch sogenannte "Numeri" in kleinste Abschnitte zerteilt.

II. Vergleich der Werke nach dem Inhalt

Gegenüber den Definitionen fallen alle späteren Werke in ihrer Bedeutung ab. Mit dieser seiner ersten zivilrechtlichen Veröffentlichung verfolgte Carpzov das Ziel, das gesamte bürgerliche Recht darzustellen⁸⁾. Diese Aufgabe ist nur zu einem großen Teil, doch nicht vollständig gelöst. Das rührt vor allem daher, daß Carpzov das Vermögensrecht bevorzugt, das Personenrecht demgegenüber vernachlässigt. Bei den persönlichen Beziehungen etwa der Ehegatten mag mitspielen, daß die Materie des Eherechts in der "Jurisprudentia Ecclesiastica seu Consistorialis" abgehandelt wird. Aber auch beim Verhältnis des Vormunds zum Mündel wird die Einseitigkeit spürbar. Doch können diese nichtbehandelten größeren Teilmaterien nur als Ausnahmen gelten. Daß zahlreiche Einzelfragen offenbleiben, ist beim Umfang des Themas nicht verwunderlich. Die wichtigsten Fragen des ganzen Zivilrechts sind aber in den Definitionen erfaßt.

Das mußte sich auf die späteren Werke insofern nachteilig auswirken, als sie kaum noch Neues zu bieten vermochten. Nur die Ergebnisse der neuen Entscheidungen konnten weiterführen. Wohl schon aus diesem Grund geht das Streben nach Vollständigkeit den späteren Publikationen ab. Bei den Disputationen versteht sich das aus der sachlich beschränkten Aufgabe dieser Arbeiten, die aus der Lehrtätigkeit Carpzovs an der Universität erwachsen. Bei den Responsen und Decisionen hat Carpzov still-

8) Aus der "Praefatio ad lectorem" der Definitionen: "Non facile enim quaestionem ab aliis tractatam, vel casum forensem obvenire, cuius decisionem veram lucubrationes hae suppeditare haud possent, reor."

schweigend jenen Gedanken aufgegeben. Wie wenig Neues die späteren Werke sachlich bringen, beweist ein Blick auf die Jahreszahlen der in den Responsen aufgeführten Sprüche. Nur 400 der rund 1500 Sprüche, die Carpzov in den Responsen zitiert, sind nach dem Erscheinen der Definitionen ergangen, alle anderen liegen vor 1638, besonders in den Jahren nach 1620. In den Decisionen stammen die meisten Sprüche zwar aus der Zeit nach 1643; doch kann man nur die Leitsätze als Ergänzung der früheren Sammlungen auffassen - und auch hier nicht alle. Das kann Carpzov nicht zum Vorwurf dienen. Da er in den Definitionen bereits das gesamte Zivilrecht dargestellt hat, müssen alle späteren Werke notwendigerweise auf jene zurückgreifen. Die zum Teil neuen Leitsätze können nur mit den Argumenten begründet werden, die schon in den Definitionen niedergelegt sind. Dabei macht es sich der Autor freilich manchmal recht leicht. Es läßt sich für viele Stellen nachweisen, daß sie entweder ganz oder mit geringfügigen Veränderungen aus den früheren Werken übernommen sind⁹⁾. Das gilt nicht nur für die Spruchsammlungen - wenn auch für diese vorzüglich - sondern auch für die Disputationen¹⁰⁾. Der Grund ist derselbe wie bei

9) Ein Vergleich zwischen Def 2, 16, 4 und Resp 2,75.

Es entsprechen sich

Def 2,16,4 num 2f und Resp 2,75 num 2

7	3
8f	4f
10	7

Ähnliches gilt für Resp 1,11 und Def 2,7,15.

Im Verhältnis Responsen und Decisionen:

Es entsprechen sich

Resp 3,23 num 1 und Dec. 208 num 6f

2	3
3	11
4	14
5	8
6	14f
7	15

Inhaltlich fast völlig gleich sind Def 2,11,19; Resp 5,89 und Dec. 119. Nur die Decision bringt etwas (wenig) sachlich Neues. Im Verhältnis zur Definition ist das weit-schweifigere Responsum vor allem dadurch abgewertet, daß es denselben Spruch heranzieht.

10) Ein Vergleich:

Jur Foem Decas 7 pos. 1 = selbständig (Einleitung)

2 Def 3,34

3 3,35

./.

den Spruchsammlungen: Carpzov konnte inhaltlich nicht mehr bieten, als schon in den Definitionen erfaßt war.

So wirkt das Definitionenwerk als die grundlegende und lebendigste der zivilrechtlichen Arbeiten Carpzovs. Die späteren Veröffentlichungen erscheinen bei einem Vergleich mit den Definitionen trocken und gedehnt. Daran ist die andere Arbeitsweise Carpzovs schuld. Waren die Definitionen, um den ganzen Stoff auf beschränktem Raum fassen zu können, in knappe Form gepreßt, so wachsen die Responsen und Decisionen mangels eines solchen Zwanges zur Beschränkung zu breiterem Umfang an. Gegenmeinungen werden weitschweifig behandelt und widerlegt¹¹⁾, manchmal gibt Carpzov sogar den Wortlaut des Gesetzes wieder, auf den er sich beruft¹²⁾. Für die Disputationen gilt kein einheitlicher Maßstab. Teils sind sie von prägnanter Kürze, teils dehnen sie sich in ermattender Breite¹³⁾.

4	3,36
5	3,37,1f
6	nicht in den Def.
7	Def.3,37, 3ff
8	nicht in den Def.
9	Def.3,36,10
10	nicht in den Def.

Wie weit manchmal die Übernahmen ins Einzelne gehen, beleuchtet die Gegenüberstellung der Positio 2 mit Def. 3,34. Pos. 2 num 1 entspricht Def. 3,34,1

2ff	2,1 - 5
6	selbständig
7 - 12	2, 6-9
13 - 15	3, 1f
16 - 22	3,3 - 9
23 - 27	4
28 - 30	5
31 - 34	6
35 - 38	7
39 - 41	8

Gleiches läßt sich für Def. 3,35 nachweisen.

Es sind in Anm.9 und 10 besonders krasse Fälle herausgegriffen. Eine Durchsicht der späteren Stellen lehrt, daß zwar sachlich meist nichts Neues geboten wird. Doch löst sich Carpzov mehr vom Vorbild der Definitionen. Zum Vergleich: Def. 2,14 und die Ausführungen zur Gerade in der Disp. "de Juribus Foeminarum".

11) Resp 5,33,32. Vergleich von Resp 5,89, 32f und Def 2,11,19

12) Resp 5,33,27; Dec 163,12

13) Einerseits die Disp. "de Mutuo dando" andererseits das "Asylum Debitorum".

Gelegentlich korrigieren die späteren Werke die in den Definitionen vertretenen Ansichten¹⁴⁾. Doch sind solche Stellen Ausnahmen.

Zweiter Abschnitt: Der Aufbau

I. Die Dispositionen der einzelnen Werke

1. Ziel des Aufbaues

Aufbau bedeutet sinnvolle Ordnung in der Darstellung. Das Werk, dem eine sinnvolle Ordnung fehlt, besitzt keinen Aufbau. Es ist nur eine Zusammenstellung von Einzelheiten, ein Mosaik, das sich zu keinem Bilde fügt. Sinnvoll ordnen kann aber nur, wer ein bestimmtes Ziel vor Augen hat. Das Ziel kann hoch gesteckt sein und in einer umfassenden Darstellung einer Materie bestehen. Es kann sich aber auch darauf beschränken, nur eine übersichtliche Sammlung von Einzelerkenntnissen zu bringen. Hier dient die sinnvolle Ordnung nur der Erleichterung des Auffindens gesuchter Gegenstände.

Von Aufbau bei Carpzov zu sprechen, setzt also voraus, daß die Sammlungen überhaupt zu einem einheitlichen Ziel tendieren. Das kann nicht von den Disputationen gelten. Die dort gesammelten Traktate sind nicht dazu geschrieben, zusammengestellt zu werden. Ihnen fehlt das gemeinsame Ziel. Sie müssen daher als Sammlung außer Betracht bleiben.

2. Der Aufbau in den Responsen und Decisionen

Bei den Spruchsammlungen muß ausgegangen werden von dem grundlegenden Unterschied, den Carpzov zwischen den Definitionen einerseits, den Responsen und Decisionen andererseits machte. Während die Definitionen das ganze bürgerliche Recht erfassen sollen, sind die beiden späteren Werke nur Ergänzungen. Von

14) Resp. 5,86,9,17; Dec. 231, 13f.

vornherein sind sie dadurch aufbaumäßig auf eine niedrigere Stufe gerückt. Für die Responsen zwar hat Carpzov noch ein Aufbauschema geschaffen. Doch dient es nur der Zuweisung, indem es die Einzelerörterungen in sechs "Libri" unter Bezugspunkten zusammenfaßt, denen jedoch eine innere Verbindung abgeht: 1) De causa possessionis et proprietatis; 2) de exceptionibus; 3) de processu juris; 4) de executionibus in bona debitorum; 5) de contractibus; 6) de successionibus tam ex testamento quam ab intestato. Jedes der Bücher ist in 10 bis 12 "Titel" untergegliedert, die ihrerseits die einzelnen "Responsen" aufnehmen¹⁵⁾.

In den Decisionen vermißt man auch die letzte Spur einer sachlichen Ordnung. Waren die Responsen noch nach bestimmten Gesichtspunkten, wenn auch willkürlich und in sich unverbunden zusammengestellt, so bringen die Decisionen dreihundert fortlaufend gezählter Abhandlungen, die nicht mehr nach bestimmten Gesichtspunkten gegliedert sind. Wenn auch unverkennbar ist, daß Bestrebungen vorhanden waren, den Einzelerörterungen einen gewissen Zusammenhang zu geben, so kommen diese Bemühungen doch nicht über ein sehr oberflächliches Anfangsstadium hinaus. Es sei als Beispiel auf den ersten Titel im 1. Buch der Responsen und auf die ersten Decisionen im 3. Teil verwiesen¹⁶⁾. Ersichtlich fehlt eine aus der Natur der Sache sich ergebende Reihenfolge; es stehen vielmehr Einzelfragen selbständig nebeneinander.

15) Die Responsen werden aber innerhalb der "Bücher" ohne Rücksicht auf die Titel fortlaufend gezählt. Deshalb werden in den Zitaten die Titel nicht angegeben.

16) Diese Decisionen (202 - 207) behandeln Fragen der Prokuration vor Gericht. Sie sind innerlich nicht miteinander verbunden, außer durch dieses Thema. Daß sie nicht völlig zusammenhanglos nebeneinanderstehen, vermeidet Carpzov durch die jeweils einleitenden Worte. Man kann aber für die Reihenfolge auch noch weitere Gesichtspunkte entdecken, die je zwei benachbarte Decisionen verbinden: 202/203 Prokuratoren vor Gericht, 203/204 Mängel in der Vertretereigenschaft aus der Person des Vertreters, 204/205 Spezialvollmacht, 205/206 Vertretung für eine Mehrheit von Personen, 206/207 Bevollmächtigter für Urkundenfragen. Vergleicht man das eigentliche Problem jeder Decision mit diesen Verknüpfungspunkten - vor allem bei der Stelle 206/207 - so wird die Anspruchslosigkeit dieser Methode deutlich.

3. Der Aufbau in den Definitionen

Ganz anders die Definitionen. Sie schließen sich in ihrem Aufbau an die kursächsischen Konstitutionen von 1572 an. Dieses Gesetzeswerk gliedert sich in vier Teile: Teil 1 behandelt das Prozeßrecht, Teil 2 (*de Contractibus vel qvasi*) und Teil 3 (*de Successionibus, ultimis voluntatibus et investitura feudali*) im wesentlichen das Zivilrecht, Teil 4 schließlich das Strafrecht. Carpzov hat sich, wie er im Vorwort anmerkt, an diese Einteilung gehalten, um dem Benutzer das Auffinden gesuchter Fragen zu erleichtern. Die Unsitte seiner Vorgänger "*Nullo pene ordine, sed confusè tractare omnia, materiarum serie nulla sibi praescripta*" wollte er vermeiden; dazu erschien ihm diese Gliederung nach dem Gesetzestext der beste Weg. Dieser Plan mußte auf Schwierigkeiten stoßen: denn die Konstitutionen von 1572 sind ein Gesetz besonderer Art, das man besser als "Kontroversensammlung" bezeichnen könnte. Den Anstoß hatten 1565 die kursächsischen Stände gegeben, indem sie den Kurfürsten August auf die häufigen "widerwertigen Urteil" - d.h. gegensätzlichen Entscheidungen - der sächsischen Hofgerichte, Juristenfakultäten und Schöppenstühle zu Leipzig und Wittenberg hinwiesen und um Abhilfe baten¹⁷⁾. In den vom Kurfürsten zur Beratung der von den Fakultäten vorgelegten Streitpunkte einberufenen Conventen zu Leipzig 1571 und Meißen 1572¹⁸⁾ kamen aber zu den Differenzpunkten zwischen den sächsischen Spruchkörpern auch juristische Streitfragen aus dem allgemeinen Rechte hinzu, die dann in der endgültigen Redaktion für die sächsische Praxis ihre Erledigung fanden. Diese Entstehungsgeschichte der Konstitutionen - die selbst in dem mehrfach redigierten Wortlaut ihren deutlichen Niederschlag gefunden hat - macht schon verständlich, daß das Gesetzeswerk bei all seinen Vorzügen¹⁹⁾ weder vollständig²⁰⁾, noch damit richtungsweisend systematisch sein konnte. Gerade

17) Schletter S. 38f.

18) Schletter S.50ff.

19) Kunkel I, 2 S XLIV.

20) Kunkel I, 2 S XI.

die Alltäglichkeiten und Selbstverständlichkeiten mußten der gesetzlichen Regelung entzogen sein. Carpzovs Bemühen, an Hand dieser gesetzlichen Ordnungsform das Gebäude seiner Definitionen zu errichten, war daher von vornherein mit einem Hemmnis belastet: nämlich, daß diese gesetzgeberische Leistung, obwohl in deutscher Sprache abgefaßt, doch die hochspezialisierte, rein akademische Leistung einer Reihe hochgebildeter Juristen²¹⁾ (Wesenbeck, Thoming, Teuber) war, um in schwierigen Einzelfragen Klarheit zu schaffen; und daß die Konstitutionen aus diesem letzten Grunde nicht mehr miteinander verband als die rein formale Zuteilung zu einem bestimmten Rechtsgebiet (Prozeß-, Zivil-, Strafrecht) und nicht die sinnvoll neugestaltende Einordnung in eine umfassende Regelung der gesamten Rechtsmaterie. Sie waren daher weniger geeignet, Fundament und Ausgangspunkt eines das ganze Zivilrecht ergreifenden Werkes zu sein, als vielmehr Ergebnis und Abschluß. Dies mußte sich für Carpzov um so stärker bemerkbar machen, als er nicht nur das gesamte Recht darzustellen bemüht war²²⁾, sondern auch für den nicht oder nur wenig juristisch gebildeten Richter schreiben wollte²³⁾ - beides Vorsätze, die ihn veranlaßten, auch Alltäglichkeiten in die Definitionen aufzunehmen, denen die Doctoren sonst keinen Gedanken gewidmet hätten²⁴⁾.

Die Art der Darstellung ist dabei, "Definitionen" aufzustellen, die zu dem Inhalt der behandelten Konstitution in Beziehung stehen. Eine solche Definition wird wie Responsum und Decision aus einem Leitsatz mit nachfolgender Begründung gebildet. Die aufbaumäßige Schwierigkeit für Carpzov ergab sich aus der relativ geringen Zahl der Konstitutionen, denen er das ganze Zivilrecht zuordnen mußte. Dies war nur dadurch

21) Kunkel I, 2 S XLIV a.E.

22) Praefatio zu den Definitionen, s. zu Anm.8.

23) Praefatio zu den Definitionen: "...Habeantque Pragmatici, etiam minus periti, ... quod intellegere et amare possent".- "Nec enim doctis solummodo sed et minus eruditus hoc opere inserviri placuit."

24) Praef. zu den Definitionen: "Pateor eqvidem ingenue, multa huic operi inesse admodum trita et pervulgata...."

möglich, daß er die Konstitution zum Anhaltspunkt nahm, ein ganzes Rechtsinstitut ausführlich darzustellen, aus dem die gesetzliche Regel nur einen schmalen Ausschnitt bildete. Die für das Verständnis des Laien gebotene Einführung in das durch die Konstitution berührte Rechtsinstitut ließ sich aber kaum mit dem vorgesehenen, hochspezialisierten Gesetzestext verbinden, zumindest nicht so, daß es Carpzov Anlaß gewesen wäre, solche einleitenden Abschnitte regelmäßig zu schreiben. Sie fehlen zwar nicht²⁵⁾, sind jedoch selten.

Die Definitionen sind aber kein Kommentar zu den Konstitutionen - dieser Gedanke lag Carpzov fern, wie sich aus dem Vorwort und aus der Durchführung ergibt. Doch ist jede Konstitution Anknüpfungspunkt für eine Definition, auch wenn sie es nicht gleich für die erste zu sein brauchte. Der an die Spitze des Abschnittes gestellte deutsche und (nach der Übersetzung von Moller) lateinische Text der Konstitution ist gleichsam der Wegweiser, der die Richtung der Erörterung bestimmt. Manchmal kommt es zu einer Exegese des Wortlautes²⁶⁾. Wegen der hohen Spezialisierung der gesetzgeberischen Entscheidung war das aber meistens weder nötig noch möglich. Da die Konstitution nur den Anknüpfungspunkt für ein Rechtsinstitut oder einen einheitlichen Sachstand bildet, ist der Inhalt der zahlreichen Definitionen meist ohne unmittelbare Verbindung zum Text der Konstitution. Nur mittelbar finden sich Bezüge²⁷⁾. Der Normalfall ist die freie Gedankenführung innerhalb des ganzen Fragenkomplexes, in dem die Konstitution steht²⁸⁾.

Ohne Zweifel wäre es Carpzov ein Leichtes gewesen, einführende Abschnitte zu jeder Konstitution zu schreiben. Doch stellt er den Leser sofort mitten in die Problematik, gerade als ob

25) Z.B. Def. 2,27, 1 - 3.

26) Def. 3,5, 1 - 11; von 3,5,12 an folgen selbständige Ausführungen; Def. 2, 16, 10.

27) Def. 2,12,1,1; 2,12,2,8.

28) Als Paradebeispiel kann man hier die 183 Definitionen zu Def. 1,28 anführen, in denen das Konkursrecht dargestellt wird.

dieser die rechtlichen Voraussetzungen bestens kannte. Alles, was das mitdenkende Verstehen erfordert, wird vorausgesetzt. Wenn auch der prozeßrechtliche Teil der Definitionen sich in etwa dem Gang des Verfahrens anzupassen sucht und so das Eindringen etwas erleichtert, so muß diese Reihenfolge doch für Teil 2 und 3 versagen. Als weitere Erschwerung kommt hinzu, daß auch die einzelnen Definitionen sich nicht mit logischer Notwendigkeit folgen - derselbe Mangel, der schon für die Responen und Decisionen zu konstatieren war. Wie den Konstitutionen unter sich - und damit jeweils den Gruppen der Definitionen, die sich an jede Konstitution anschließen - eine innere Verbindung fehlt, so sind auch innerhalb der einzelnen Konstitution die Definitionen nur sehr flüchtig miteinander verbunden. Allerdings ist die Verknüpfung nicht so locker, wie es für die anderen beiden Werke festgestellt werden mußte. Völlige Zusammenhanglosigkeit gibt es nicht; auch krasse Übergänge sind selten²⁹⁾. Doch kann man die bestehenden Verbindungen in den meisten Fällen nur als äußerlich bezeichnen. Von Gedankenassoziationen³⁰⁾ spannt sich der Bogen der möglichen Anknüpfungsarten über Aufzählungen³¹⁾, Ampliationen und Limitationen³²⁾, die vielfach große Gruppen von Definitionen umfassen, bis zur seltenen, klar fortgeführten, aus einer Grundidee entwickelten Gedankenkette³³⁾.

II. Der Aufbau der einzelnen Abhandlung

1. In den Spruchsammlungen

Jede Einzelabhandlung in den Spruchsammlungen stellt ein in sich geschlossenes Ganzes dar. Sie behandelt den Stoff, der sachlich in dem beigegeführten Urteil enthalten ist. Betrachtet man den Aufbau näher, so zeigen sich bestimmte Regeln, an die

29) Etwa: Def. 2,1,2 auf 3; Def. 3,25,5 auf 6.

30) Def. 2,1,3 auf 4 "mala fides".

31) Def. 2,31,2ff.

32) Def. 2,16,1ff.

33) Def. 2,27,1 - 3 hier ist bezeichnend die Aufgabe des Quästionenprinzips. Def. 2,1,8/9.

sich Carpzov gehalten hat. Jede Einzelerörterung beginnt mit dem Leitsatz. Meist wird darin schon die Lösung des in der folgenden Durchführung behandelten Problems vorweggenommen; die "Überschrift" (als die der Leitsatz dann fungiert) kann aber auch in Form einer Frage gestellt sein³⁴⁾. In seiner knappen Formulierung stellt der Leitsatz jeweils die Lösung einer (Streit)frage dar und gibt dem Suchenden sofort das gewünschte Ergebnis, dessen Begründung er dem nachfolgenden Text entnehmen kann.

Dieser hat keine Verbindung zum Leitsatz, sondern setzt völlig unabhängig und selbständig ein, meist mit einer Einleitung, die in den Definitionen in der Regel sehr kurz ist³⁵⁾ oder auch ganz fehlen kann³⁶⁾, in den Responsen und Decisionen aber recht aufgebauscht wirkt und mehrere numeri umfaßt³⁷⁾. Diese Einleitung ist in der Regel theoretisch gehalten und gibt einige bereits feststehende Rechtssätze wieder³⁸⁾, gern mit Bezug auf frühere Definitionen oder Responsen³⁹⁾.

In den Definitionen wird nach dieser Einleitung und durch mehr oder weniger naheliegende Denkschritte (Verbindung zu den vorhergehenden Einzelerörterungen) aus ihr heraus das Problem aufgeworfen. Das geschieht durch einen direkten Fragesatz⁴⁰⁾ oder gleich häufig in der Verkleidung als Einwand eines vorgestellten Gesprächspartners⁴¹⁾, als Hinweis auf einen literarischen Kontroverspunkt⁴²⁾ oder in ähnlicher Weise verschleiert. Daneben liebt es Carpzov auch, die eigentliche Fragestellung zu übergehen und die Antwort in Analogien oder Gegensätzen zu der Einleitung sofort anzuschließen⁴³⁾; meist

34) Dec. 209; 221; 229, Def. 1, 10, 16. Diese Form widerspricht der Eigenart der Definition, wie sie Carpzov verstanden wissen will.

35) Def. 2, 1, 1, 1/2 ein Beispiel für viele.

36) Für viele Def. 2, 1, 16; Def. 3, 5, 14.

37) Für viele: Resp. 1, 3, 1-8 Dec. 1, 1, 1-6.

38) Def. 2, 1, 12, 1ff; Resp. 1, 2, 1/2.

39) Def. 2, 26, 21, 1; 3, 5, 17, 1; Resp. 1, 3, 1.

40) Def. 2, 1, 2, 1; 3, 5, 12-14; Dec. 15, 11.

41) Def. 2, 23, 8, 6; 2, 31, 11, 2.

42) Def. 2, 1, 15, pr.; 3, 5, 16, 1; Dec. 30 pr.

43) Def. 3, 5, 18, 1/2; 2, 26, 22, 2.

geschieht das mit folgenden Floskeln: "Expediti juris est ... (folgt etwa eine kurze Wiederholung der vorherigen Definition = Einleitung) " ... Qvod non modo in hoc casu sed et in ... (folgt der neue Fall, der jetzt behandelt wird) ... obstinet," - oder nach der Einleitung: "Secus verò res se habet" worauf wiederum die Schilderung des neuen Sachverhaltes sich anschließt. Gegenüber den Definitionen besteht in den Respon- sen eine - freilich nur scheinbare - Abweichung. Dort nämlich wird das Problem regelmäßig in der Weise eingeführt, daß der dem Appellationsgericht in Dresden zur Neuentscheidung suppli- zierte Spruch eines erstinstanzlichen Gerichtes im Ergebnis oder auch im Wortlaut nebst dem Begehren des Appellanten mit- geteilt wird⁴⁴⁾. Daß hier nur eine neuerliche elegante Um- schreibung der in den Definitionen angewandten Methode liegt, ist offensichtlich. Doch finden sich nicht selten Ausnahmen von diesem Aufbauprinzip der Einzelerörterung. Es handelt sich dabei in den Definitionen um jene Stellen, an denen Carpzov mit Ampliationen und Limitationen arbeitet, überhaupt um alle Fragen, deren Darstellung größeren Raum als nur eine Defini- tion einnimmt⁴⁵⁾.

Nachdem Carpzov auf diese Weise das Problem, das es zu erör- tern gilt, herausgearbeitet hat, wird sofort im Anschluß an die "Frage"⁴⁶⁾ die "Antwort" und Lösung des Problems gegeben, vielfach nur in einer zustimmenden oder verneinenden Bemerkung⁴⁷⁾. An diese schließt sich die Begründung für die Ent- scheidung, die recht umfangreich sein kann. Besonders in den Responen macht sich dabei das Bedürfnis bemerkbar, die Gründe zu häufen, so daß sich meist eine mit Ziffern unterteilte

44) Als Beispiel für die meisten Responen: 1,1,26f.

45) Def. 2,27,1-3.

46) Sofern eine solche eben gestellt wurde und nicht durch die "Antwort" mitumfaßt ist. Unter "Frage" wird hier nicht nur die grammatikalisch "direkte Frage" verstanden, son- dern auch die im Vorhergehenden dargestellten Umformungen. Desgleichen ist unter "Antwort" die Behandlung des aufge- worfenen Problems je in der der "Frage" entsprechenden Weise zu verstehen.

47) Def. 2,1,15,2; 2,29,19,6.

Kette von Argumenten anschließt⁴⁸⁾, deren Stichhaltigkeit durch die Häufung aber nicht immer gewinnt⁴⁹⁾. In den Respon-
sen und Decisionen werden öfters noch abschließende und er-
gänzende Erörterungen zu einer bei der Begründung aufgetauch-
ten, aber mehr am Rande liegenden Frage angefügt⁵⁰⁾, seltener
findet sich ein Anhang in den Definitionen⁵¹⁾, wo sich aus
der Kürze der Einzelabhandlung ein solcher Appendix von selbst
verbot.

Abgesehen von Ausnahmen läßt sich das Aufbauschema Carpzovs
für eine Einzelerörterung also auf die Reihenfolge bringen⁵²⁾:

1. Leitsatz,
2. Text
 - a) Einleitung +
 - b) "Frage" +
 - c) "Antwort"
 - d) Begründung der Antwort
 - e) Anhang +
3. Spruch

Für die Decisionen scheint ein anderer Aufbau gewählt⁵³⁾.
Auch hier beginnt Carpzov mit einer Einleitung, die aber meist
nicht als Überleitung, sondern als ein Hinweis auf die Bedeu-
tung des Problems⁵⁴⁾ oder allmähliche Hinführung zur Frage
gestaltet ist⁵⁵⁾. Die Frage schließt sich sofort an. Im Ge-
gensatz zu den Definitionen gibt Carpzov nun aber nicht die
Antwort, sondern führt Gegen Gründe, die regelmäßig in bezif-
ferter Gliederung gegeneinander abgesetzt sind, gegen die spä-
tere Lösung ins Feld. Daran schließt sich die Entscheidung
der Frage und die Begründung dieser Entscheidung. Jetzt erst
werden die Gegenargumente Punkt für Punkt widerlegt. Nicht

48) Resp. 1,3,14-18; Dec. 27,10f.

49) Deutlich in Resp. 1,3, 14-18.

50) Resp. 1,3,19ff, Dec. 28,19; 16,18.

51) Def. 2,30,24,9ff.

52) Dabei bedeutete das Zeichen (+), daß diese Punkte auch
einmal wegfallen können, ohne daß der übrige Aufbau um-
gestoßen würde.

53) Dec. 61; 164; 202; 207; 242; 287.

54) Dec. 203; 208.

55) Dec. 201.

immer sind diese Gegengründe und ihre Widerlegung auch tatsächlich so vielgestaltig, wie Carpzov vorgibt. Manchmal handelt es sich um nur einen Gedanken, der zu mehreren Argumenten ausgefaltet wird.- Den Schluß bildet der Spruch eines Dikasteriums.

Die Responses stehen aufbaumäßig in der Mitte zwischen Definitionen und Decisionen. In ihnen sind der "Antwort" keine Gegenargumente vorgeschaltet. Doch wird die Begründung gleichfalls in bezifferter Gliederung dargeboten. Diese Art des Aufbaus findet sich auch in den Decisionen häufig⁵⁶⁾.

Faßt man den allgemeinen Decisionenaufbau wie für die Definitionen in ein Schema, so ergibt sich:

1. Leitsatz
2. Text
 - a) Einleitung
 - b) Frage
 - c) Gegenargumente +
 - d) Antwort
 - e) Begründung der Antwort
 - f) Widerlegung der Gegenargumente +
 - g) Anhang
3. Spruch.

2. Scholastische Einflüsse

Es bedarf keiner Betonung, daß diese Aufbauschemata nur Grundsätze darstellen, von denen Carpzov oft genug abweicht, wenn es in seine Absicht paßt⁵⁷⁾. Dennoch erschließen diese Grundregeln ein kennzeichnendes Ergebnis. Faßt man nämlich die bisher in Deutsch bezeichneten Einzelpunkte in die althergebrachte Terminologie der Gerichtsentscheidungen, so ist folgende Reihe aufgestellt:

56) Dec. 82; 116; 120; 296.

57) Dec. 163; 275.

1. Einleitung
2. Species facti = Frage
3. Rationes dubitandi = Gegenargumente
4. Decisio = Antwort
5. Rationes decidendi = Begründung der Antwort
6. Refutatio rationum dubitandi (Rationes
respondendi)
= Widerlegung der Gegenargumente
7. Anhang.

Läßt man Einleitung und Anhang unberücksichtigt, so entspricht der Aufbau völlig dem eines juristischen Gutachtens und den späteren Urteilsgründen⁵⁸⁾. Ohne den Tatbestand zu vergewaltigen, kann man das Aufbauprinzip der Definitionen als eine Verkürzung des Schemas der Decisionen erkennen. Damit ist zugleich geklärt, wie Carpzov zu der vielgerühmten Kürze seiner Definitionen kam: er ließ die rationes dubitandi und deren Widerlegung aus dem (Kurz) Gutachten weg.

Doch führen diese Feststellungen noch weiter. Die Gliederung der Gründe eines Responsums, Consiliums oder - von der anderen Seite gesehen - einer Quaestio beruht auf scholastischer Tradition. Sie entspricht dem "stereotypen Schema" der hochscholastischen Literatur⁵⁹⁾. Die Einflüsse der scholastischen Methode auf Carpzov lassen sich noch in weitere Einzelheiten der Spruchsammlungen hinein verfolgen. Die Fortführung der Definitionen aus Einwänden eines Gegners⁶⁰⁾, überhaupt das Aufwerfen einer Frage, ist typisch scholastisches Lehrgut. Auch der Abschluß mit einem Anhang gehört hierher: er weist auf die alte Methode der Solutio mittels einer Distinctio⁶¹⁾.

58) Die Urteile der Dikasterien ergingen bis in die Zeit Carpzovs hinein unbegründet. Was die Spruchkollegien als Begründung bezeichneten, bestand nur in einer ausführlichen Sachverhaltsschilderung. Vgl. Boehm ZStrRW Bd.59, S.407f; Gudian S.54, 125.

59) Grabmann II S.384, 544.

60) Vgl. o. II 1 zu Anm.41.

61) Grabmann II S. 154f.

Die Verbindung der Definitionen gehört ebenfalls in diese Methodik. Das ist für die Überleitung aus dem Gegensatz schon dargelegt. Es gilt auch für die Ampliationen und Limitationen⁶²⁾. Vielleicht kann man die ganze Verknüpfung der einzelnen Definitionen, soweit sie sich nicht auf Ampliationen und Limitationen stützt, oder Gedankensprünge vorliegen, als eine Art der Distinctionen ansehen, da Carpzov auf ähnlich gelagerte Fälle übergeht und deren rechtlich unterschiedliche Behandlung nachweist.

Als Ergebnis ist demnach festzustellen: Der Aufbau in den Spruchsammlungen ist durch die scholastische Methode bestimmt. In die Geschichte der Rechtswissenschaft übertragen bedeutet das: durch den mos Italicus. Daß Carpzov mit dieser Methodik arbeitet, darf nicht verwundern. Zwar war schon durch Pierre Lorient (Lorientus) die moderne synthetische Richtung in Leipzig eingeführt worden (Lorientus lehrte hier von 1546 bis 1554)^{62a)}, jedoch ohne nachhaltige Wirkung. Auch hatte sich später Matthias Wesenbeck (1531-1586) mit seiner dem mos Gallicus verwandten Methode in Sachsen großes Ansehen erworben⁶³⁾. Dennoch vermochte sich der mos Italicus in der Praxis bis in das 17. Jahrhundert hinein zu behaupten⁶⁴⁾. Die Spruchsammlungen legen Zeugnis davon ab. Hier zeigt sich auch zum ersten Male der Einfluß der Praxis bei Carpzov. Im folgenden wird sich erweisen müssen, wie groß dieser Einfluß war, und ob es zutrifft, wenn man Carpzov den "Praktiker" nennt.

3. In den Disputationen

Da die Spruchsammlungen aus der Praxis erwachsen sind, läßt sich der methodische Einfluß des mos Italicus leicht verstehen. Bei den Disputationen, einer Sammlung von Universitätsarbeiten, könnte man anderes zu finden meinen. Indes war Leipzig seit jeher eine Hochburg des Konservatismus. Durch kur-

62) Wieacker Pr.R G S. 36.

62a) Stintzing I S. 373f, 126f.

63) Stintzing I S. 144 und 351f.

64) Stintzing I S. 124 und 525.

fürstliches Reskript war noch 1616 - gerade zur Studienzeit Carpzovs - die alte Methode amtlich befestigt worden, als überall schon die moderne Lehrweise sich durchzusetzen begann⁶⁵⁾. Diese Umstände lassen von den Disputationen kaum ein anderes Ergebnis erwarten als von den Spruchsammlungen.

Die nach sachlichen Gesichtspunkten gegliederten Disputationen ähneln sich aufbaumäßig in charakteristischer Weise. Unbeachtet bleiben daher für diese Untersuchung jene Teile, die nur Problempunkte häufen und sie in mehr oder minder künstlicher Weise in eine Ordnung fügen. So etwa die Abhandlung "De Juribus Foeminarum", die Rechte der Frauen in zehn Dekaden zu je 10 Positionen (daher "Decas") aufzählt. Eine sinnvolle Verbindung der Dekaden ist nicht zu spüren. Das gekünstelte Schema läßt erkennen, daß diese Rechte der Frauen ebenso gut hätten vermehrt wie vermindert werden können. Dasselbe gilt für den Teil "De Oneribus Vasalli".

Aus den sachlich gegliederten gleichgeformten Disputationen läßt sich folgendes Aufbauprinzip herauschälen:

Nach einer Einleitung wird im 1. Kapitel eine Begriffsbestimmung gegeben, die in einem zweiten eine Erweiterung oder Präzisierung erfahren kann⁶⁶⁾. Daran schließt sich eine Darstellung des Lebensbereichs, in dem sich das behandelte Rechtsinstitut bewegt, manchmal differenziert nach Personen und Gegenständen⁶⁷⁾. Es folgt die Darstellung bestimmter Förmlichkeiten⁶⁸⁾. Dieser Punkt und der vorangehende können auch in der Reihenfolge vertauscht sein⁶⁹⁾. Beide stellen den Hauptgegenstand der Erörterungen dar und umfassen meist mehrere Kapitel. Zum Schluß geht Carpzov stets auf Sinn und Zweck

65) Stintzing I S.126f, S.661f.

66) De privilegio de non appellando; de inhibitionibus; je Kapitel 1 und 2.

67) De pacto confraternitatis Saxonico - Hassiacae; Kapitel 4 und 5; de privilegio de non appellando: Kapitel 5 und 6.

68) Z.B. bei "De Donatione Geradae" die Formen der Verschenkung Kapitel 3 - 5; "De inhibitionibus" die Verhängung und Aufhebung der Inhibitio Kapitel 4 und 5.

69) De pacto confratern. Kapitel 2 und 3.

("Effectus") des behandelten Institutes ein.

Danach ergibt sich folgendes Schema:

- 1.) Einleitung
- 2.) Definition
- 3.) Bereich
- 4.) Förmlichkeiten
- 5.) Effectus.

Läßt man die Einleitung entfallen, so kristallisiert sich unschwer die alte scholastische Einteilung der quattuor causae heraus⁷⁰⁾:

- 1.) Definition = causa materialis
- 2.) Bereich = causa efficiens
- 3.) Förmlichkeiten = causa formalis
- 4.) Effectus = causa finalis.

Auch hier begegnet wieder das traditionelle Gliederungsschema, wie es der mos Italicus seit den Glossatoren überliefert hat⁷¹⁾. Die Form ist abgeschliffen und gedehnt. Doch schimmert ihre ursprüngliche Gestalt hindurch.

Dritter Abschnitt: Das System

I. Das System in juristischen Werken

1. System und Aufbau

Aufbau bedeutet Reihenfolge, Einstufung, Einteilung des Stoffes. Zwei verschiedenartige methodische Ansätze können das Fundament bilden für das Gerüst eines Aufbaues. Der eine ist

70) Alfred Söllner "Die causa im Kondiktionen- und Vertragsrecht des Mittelalters" in Z StSt Rom. Abt. 77 (1960) S. 182ff.

71) Stintzing I S. 108.

die Zuweisung zu bestimmten Bezugspunkten. Wie der Magnetberg alles Metall anzieht, so werden alle Erkenntnisse zum selben Thema gleichberechtigt nebeneinander gestellt. Der andere ist die fortschreitende logische Deduktion aus dem Begriff. Ein ganzes Sachgebiet, in einem Aufbau zusammengefaßt, formt sich zum System. Der Aufbau ist die Gestalt des Systems. Das System stellt eine große Einheit dar, "alle Erkenntnisse wollen um ein Zentrum gravitieren". Je nach der vorbeschriebenen Art des Aufbaues unterscheiden sich das System der Anordnung und das System der Entwicklung. "In dem ersten waltet die Übersicht der Einteilung, in dem anderen die lebendige Erzeugung eines Prinzips. In jenem werden fertige Substanzen nach ihrer Verwandtschaft zusammengestellt, in diesem entstehen sie aus ihren Gründen. Nur die genetische Methode, die durch die Entwicklung des Themas gekennzeichnet wird, ist im vorzüglichen Sinne System".⁷²⁾ Carpzovs Aufbau ist nach dieser Einteilung nur ein System der Anordnung, also gar nicht System im engeren, "vorzüglichen" Sinne.

Aus der Sache war Carpzov zu diesem Aufbau nicht gezwungen. Während er bei der Anordnung des Stoffes in den Responsen und Decisionen völlig frei war, bedeutete der Anschluß an die Kursächsischen Konstitutionen in den Definitionen zwar eine starke Einengung der Gestaltungsfreiheit. Doch schloß auch diese Art des Aufbaues eine systematische Eingliederung des Stoffes nicht aus. Indes fehlt sie in allen drei Werken. Ein allgemeiner Teil ist nirgends entwickelt; Probleme, die man heute in den allgemeinen Teil einstufen würde, werden bei irgendwelchen Spezialfragen geprüft. So gibt etwa der Fall eines Eheschlusses in trunkenem Zustand Anlaß, auf die Frage der Wirksamkeit eines in Trunkenheit abgeschlossenen Vertrages einzugehen⁷³⁾. Aber auch in solchen Fällen findet keine erschöpfende Erörterung des Problems statt⁷⁴⁾, vielmehr beschränkt sich Carpzov auf die Spezialfrage. Es fehlt jede

72) Trendelenburg "Logische Untersuchungen" 3. Aufl.; Leipzig 1870 Band 2, S. 446.

73) Def. 2, 15, 36.

74) In der Def. 2, 15, 36 drängt sich die Behandlung des Problems aus allgemeiner Sicht, abstrakt, geradezu auf, wenn Carpoz
./.

gründliche Einführung in das gerade behandelte Rechtsgebiet, ebenso wie eine aus der Sache sich ergebende Durchführung.

Das ist bei Responsen und Decisionen weniger verwunderlich als bei den Definitionen, so paradox das zunächst erscheinen mag, da sich doch bei den beiden erstgenannten Werken keine Notwendigkeit zur Angleichung an ein vorgegebenes Schema ergibt. Aber gerade durch die sachlich getrennten Abschnitte zwangen die Konstitutionen dazu, den gesamten Rechtsstoff so einzuteilen, daß er einigermaßen zu einer Konstitution paßte. Das wiederum setzte ein gründliches Durchdenken des Materials voraus, das schon von sich aus zu einer gewissen Ordnung führen mußte. Diese Notwendigkeit zur Einteilung fehlt bei den anderen Werken, weil diese nicht an ein vorgegebenes Ordnungsprinzip gebunden waren, sondern frei eingeteilt werden konnten. Auch ermangelten sie der Vollständigkeit, so daß schon wegen des fragmentarischen Stoffes ein geschlossenes System nicht leicht zu gewinnen war. Das gilt auch von der Gliederung der Responsen; denn ihre Einteilung in sechs Bücher beruht weniger auf sachlicher Notwendigkeit als auf dem Bedürfnis nach Bildung einheitlicher Bezugspunkte, die wenig für eine Systematik hergeben.

Zwar war auf diese Weise wenigstens in den Definitionen weitgehende Vollständigkeit erreicht. Doch war mit dieser Methode auch eine Zersplitterung verbunden; es gebrach an der Übersicht über ein Rechtsgebiet im Zusammenwirken seiner verschiedenen Funktionen. Auch die Angleichung an die Reihenfolge der Konstitutionen, mit der Carpzov diesen Mangel auszugleichen suchte, vermochte eine Ordnung nicht in dem Maße zu schaffen, wie es systematische Stoffeinteilung hätte tun können. Eine solche aber fehlt; man findet Michaelis' Behauptung⁷⁵⁾ be-

selbst in num 4 schreibt: "Nec absimilis est (scil:Ebrius) mente capto et infanti, qvi prorsus contrahere nequeunt." Die Frage aber, worin denn die "Ähnlichkeit" bestehe, deren Behandlung zur allgemeinen Erörterung der Geschäftsfähigkeit führen müßte, wird nicht gestellt.

75) "Wandlungen des deutschen Rechtsdenkens" S.25.

stätigt, daß eine systematische Behandlung grundsätzlich jenen Rechtsfixierungen entspreche, die nicht auf einen feststehenden Text, sondern auf einem Inbegriff von Vernunftssätzen beruhen⁷⁶⁾. Erst das Naturrecht hat ja endgültig die systematische Ordnung durchzusetzen vermocht.

2. Systeme vor Carpzov

Ein System fehlt bei Carpzov nur insoweit, kann nur insoweit fehlen, als es sich um die Gestaltung des Aufbaus und die Reihenfolge der Ableitungen handelt. Wissenschaftliche Jurisprudenz ist notwendig systematisch⁷⁷⁾, da ihre Begriffe in einem gegenseitigen Einwirkungs- und Abhängigkeitsverhältnis stehen, das nur mittels der Bezeichnung "System" zu erfassen ist. Ob sich die Juristen dieses Systems nur "instinkt- oder gefühlsmäßig"⁷⁸⁾ bewußt sind, oder ob es als Lehrgebäude deutlich durchkonstruiert wird, macht freilich in der praktischen Auswirkung einen Unterschied. Die römische und die ältere gemeinrechtliche Jurisprudenz haben ihre großen Leistungen auch ohne äußeres System zu erbringen vermocht. Doch ist der Vorteil des Systems unverkennbar. Er liegt in der größeren Durchsichtigkeit, leichteren Erfäßbarkeit des Rechtes. Das System führt in logischer Konsequenz zu einer bestimmten Entscheidung⁷⁹⁾. Das Recht wird, wenn von persönlichen Einflüssen des Urteilenden auch nicht frei, so doch unabhängiger, da das Rechtsgefühl an Bedeutung verliert. Denn das System löst sich von der Person seines Schöpfers und gewinnt eigene Lebenskraft aus seiner inneren Notwendigkeit⁸⁰⁾. Diese Bedeu-

76) Michaelis geht allerdings von der Gesetzgebung aus.

77) Vgl. Koschaker S.166 und öfters. Jhering Geist des römischen Rechts S.3; sie hat ein "inneres System".

78) Koschaker S.166.

79) Das gilt nur cum grano salis. Auch bei und trotz des Systems kommt der persönlichen Entscheidung Bedeutung zu; vgl. Viehweg S.59.

80) Jhering Geist des römischen Rechts § 3 S.39f.- Es soll hier nicht einem Rechtspositivismus das Wort geredet werden. Wenn System und Aufbau in ihrer Bedeutung für die Lösung von Einzelfragen auch nicht überbetont werden dürfen, so ist doch der Wert und die Bedeutung des Systems in der Rechtswissenschaft unbestreitbar. Sie werden gerade dort offenbar, wo ein äußeres System wie bei Carpzov nicht vorliegt. Dazu im Text unter II.- Viehweg S.58 III.

tung hatte zum erstenmal Galilei erkannt⁸¹⁾: die moderne Naturwissenschaft, die Mathematisierung des Denkens, forderte das System als Grundlage sowohl wie als Ziel jeder wissenschaftlichen Betätigung. In der Rechtswissenschaft brachte erst das Naturrecht mit Grotius und Pufendorf den endgültigen Durchbruch zum System; den zweiten konnte Carpzov noch nicht kennen - der erste blieb ihm ebenfalls unbekannt. Denn als Grotius' Werk sich etwa von 1652 an in Deutschland durchzusetzen begann⁸²⁾, waren Carpzovs große Sammelwerke alle schon erschienen. Zwar waren schon vor diesen Naturrechtlern eigene systematische Versuche gemacht worden, doch blieben sie ohne durchschlagenden Erfolg. Es sind hier des Franzosen Donellus "Commentarii" (1579) und von deutschen Autoren die "Jurisprudentia Romana" des Althusius (1586) und das gleichnamige Werk des Herm. Vultejus (1590) zu nennen^{82a)}. Carpzov hat sich diesen Bestrebungen nicht angeschlossen. Althusius' Werk scheint er nicht gekannt zu haben^{82b)}; Donellus folgt er vielleicht deshalb nicht, weil er der eleganten Jurisprudenz angehörte und methodisch dem mos Gallicus zuzuzählen ist. Bei Carpzovs Einstellung gegenüber Vultejus mag mitgespielt haben, daß die "Jurisprudentia Romana" dichotomisch nach rassistischer Manier⁸³⁾ aufgebaut war. Diese neue, antiaristotelische Logik des Franzosen Petrus Ramus (Pierre de la Ramée), hatte in ganz Europa die Gelehrten je nach ihrer Einstellung zu Ramus in streitende Lager gespalten. In dem heftig geführten Streit hatten sich die traditionsbewußten sächsischen Hochschulen auf die Seite der Antiramisten gestellt - nicht

81) Im selben Jahr wie Carpzovs *Jurisprudentia forensis* erschienen Galileis "Discorsi" (1638), die an Hand der Fallgesetze zum ersten Male ein physikalisches Weltbild entwickeln, das die Natur als eine Summe, ein System von Gesetzen mathematisch zu erkennen und zu bestimmen versucht.

82) Landsberg III S.6.

82a) Vgl. Stintzing I S.459ff, 471.

82b) Althusius ist in den zivilrechtlichen Teilen von Carpzovs Werken nur zweimal (Resp 5,8,2 und Dec 216,10) und zwar mit den "Dicaeologicae libri tres" angeführt. Das hier interessierende Werk "de arte Jurisprudentiae Romanae Libri duo" ist nirgends verwendet.-

Zu Althusius vgl. Erik Wolf, Rechtsdenker S.177ff.

83) Döhring, "Geschichte der Deutschen Rechtspflege" S.287.

so sehr aus wissenschaftlich - juristischen Gründen freilich, als vielmehr aus dem theologisch - konfessionalistischen Gegensatz der orthodoxen Lutheraner gegen die Calvinisten. Leipzig (1591) und Wittenberg (1603), die beide unter dem Einfluß der lutherischen Spätscholastik und ihres Aristotelismus⁸⁴⁾ standen, hatten die neue Lehre, wegen ihrer revolutionären Verurteilung der aristotelischen Logik ausdrücklich verboten⁸⁴⁾. Da Carpzov an der Leipziger Universität lehrte, ist kaum zu bezweifeln, daß er diesen Verboten Rechnung tragen mußte. Ob er ohne dieses Verbot sich anders entschieden hätte, ist angesichts seines Konservatismus in der Methode zweifelhaft. Die Vermutung liegt nahe, es könnte auch bei Carpzov der konfessionelle Gegensatz sich auswirken - so wenn etwa Althusius gar nicht benutzt wird. Indessen spricht gegen eine solche Auffassung der Umstand, daß Carpzov Vultejus und Donellus zwar nicht häufig, aber doch auch nicht nur gelegentlich benutzt. Beide waren Calvinisten^{84a)}. Man wird den Grund für die mangelnde Allegation des Althusius deshalb darin finden müssen, daß Carpzov seine "Jurisprudentia" nicht kannte - so sehr das verwundern mag. Diese Erklärung wird dadurch unterstützt, daß Carpzov die Werke Donelli und Vultejii für das Studium empfiehlt^{84b)}, hier also konfessionelle Gründe keine Rolle spielen.

Aber schon ältere Gelehrten generationen hatten sich mit systematischen Fragen befaßt, Gelehrte, die in Deutschland eine zeitlang richtungsweisend wirkten und großen Einfluß besaßen: die humanistischen Juristen des Wittenberger Kreises, der sich um Luther und Melanchthon geschart hatte: Beust, Schneidewin,

84) Überweg III S.110. Grundriß der Geschichte der Philosophie, Teil 3 "Die Philosophie der Neuzeit bis Ende des 18. Jahrhunderts", Tübingen 1953.

84a)Vgl. Stintzing I S.453 und 377.

84b)S. unten Kap. 2 zu Anm.121.

Apel⁸⁵⁾, Lagus⁸⁶⁾. Carpzov kannte nur die beiden ersten. Ihr Rückgriff auf das justinianische Institutionensystem, verbunden mit dem Vertrauen auf eine wertindifferente formale Logik mußte diese Richtung fehlleiten. Dazu kam das antiquarische Interesse, welches sie mit der allgemeinen humanistischen Strömung teilte, das sie jedoch der Praxis und ihren Bedürfnissen entfremdete. So findet sich von dieser Seite kein Einfluß auf Carpzov. Es mag mitwirken, daß die Richtung in der Mitte des 16. Jahrhunderts fortsetzungslos abgebrochen war und damit eine unmittelbare Einwirkung fehlte. Schließlich dürften für das geringe Interesse, das Carpzov dieser Methode entgegenbrachte, die pädagogischen Absichten des Wittenberger Kreises ursächlich gewesen sein, in denen die Vorstellungen Melanchthons fortwirkten⁸⁷⁾. Eine solche Tendenz lag Carpzov fern. Er schrieb weder für den nur interessierten Laien noch für den Studenten, sondern für jene, die als Richter in der praktischen Rechtsanwendung standen - auch wenn sie nicht studierte Juristen waren - und bei denen ohnehin kein Interesse für ein System zu erwarten war.

85) Zu ihm s. Wieacker "Einflüsse des Humanismus auf die Rezeption" in der Zeitschrift für die ges. Staatswissenschaft Band 100 (1940) S.423ff, neu veröffentlicht in "Gründer und Bewahrer" Göttingen 1959 S.44ff.

86) Über ihn Muther in "Zur Geschichte der Rechtswissenschaft und der Universitäten in Deutschland" S.299ff.

87) Nach Wieacker "Einflüsse des Humanismus".- Daß diese Entfremdung nicht so groß wie bei den Franzosen war, hängt damit zusammen, daß diese deutschen Juristen nicht nur Universitätslehrer waren, sondern auch praktische Aufgaben zu erfüllen hatten (vgl. etwa Muthers Darstellung des Hieronymus Schürpf in seiner Sammlung "Aus dem Universitäts- und Gelehrtenleben").

II. Folgen aus dem Mangel des Systems

1. Bei der Dogmatik

Das fehlende System in den zivilrechtlichen Werken macht sich an manchen Stellen nachteilig bemerkbar. Das gilt zunächst von der Dogmatik. Die Fassung des objektiven Rechts in abstrakte kongruente Rechtsregeln ist nur wenig geglückt. Zwar sind die Ergebnisse jedem Abschnitt in der Form eines Leitsatzes vorangestellt. Aber es handelt sich dabei nur um das Ergebnis des Einzelfalles, also noch recht konkrete Rechtsätze, nicht um abstrakte Grundregeln. Solche sind nicht neu gebildet oder aus den Leitsätzen abgeleitet, sondern nur zur Begründung herangezogen, soweit sie aus der (genuinen) inneren Systematik des Rechts bereits vorhanden waren. Diese zur Begründung herangezogenen Grundregeln widersprechen sich nicht selten⁸⁸⁾. Geht man von dem Bestehen einer inneren Rechtssystematik aus, so müssen derartige Widersprüche Erstaunen erregen. Es zwingt sich hier die Frage auf, ob sich diese Widersprüche aus der Verquickung der Systeme des deutschen und römischen Rechtes ergeben. Das wird im dritten Kapitel näher zu betrachten sein. Aber selbst wenn man die gegensätzlichen Darstellungen so erklären kann, sind sie damit nicht entschuldigt. Zwei Feststellungen kann man treffen:

1.) Carpzov war sich über die gegensätzlich entschiedenen Fragen selbst nicht im klaren - denn für wen es feststeht, daß die Frau Eigentümerin der Dos ist, kann nie dem Mann das Eigentum daran zuerkennen.

2.) Die fehlende systematische Ableitung fördert derartige Widersprüche. Ein systematischer Aufbau hätte die Fragen schon

88) Eigentum an der Dos, Eigentum an den Mobilien der Frau, Ehe als societas - vgl. insoweit im einzelnen Kap.3. Außerdem Def. 2,44,3,5 Def. 1,2,6,7 über die Anwendbarkeit des Umkehrschlusses (arg. e contrario) aus einem Statut gegen das gemeine Recht.

äußerlich so zusammengedrückt, daß der Gegensatz, wie er jetzt besteht, Carpzov selbst hätte auffallen müssen. Auch wäre aus der logischen Kraft der Begriffe eine unterschiedliche Entscheidung kaum möglich gewesen. Hier wird ein weiterer Punkt berührt, der noch näherer Untersuchung bedarf: wie weit Carpzov bei der Entscheidung einer Frage frei war oder sich an die Entscheidung der verwendeten Sprüche gebunden fühlte. Bei einer systematischen Ableitung wäre nicht auszuschließen gewesen, daß Carpzov zu anderen Ergebnissen gekommen wäre, als sie der Judikatur entsprachen. Das Verhältnis von Carpzov zur Judikatur wird im zweiten Kapitel zu erörtern sein.

Denselben Grund wie die offenbaren Widersprüche haben auch die nicht seltenen Unklarheiten⁸⁹⁾. Darin erweist sich eine allgemeine Schwäche des dogmatischen und konstruktiven Denkens bei Carpzov⁹⁰⁾. Doch kann man für diese Zeit keine allzu hohen Ansprüche in dieser Beziehung an die deutsche Rechtswissenschaft stellen. Es lag erst knapp 100 Jahre zurück, daß ein deutscher Jurist (Hieronymus Schürpff 1545, 1551) überhaupt wagen konnte, bei seinen Lebzeiten eigene Konsilien zu veröffentlichen⁹¹⁾. Die deutsche Rechtslehre war noch zu weit zurück, als daß sie jetzt schon gleich der italienischen und französischen ein lückenloses Systemgebäude wie etwa Donellus hätte errichten können.

Bei Carpzov wirkt sich vor allem aus, daß sein Denken zu sehr auf den konkreten Fall beschränkt bleibt, obwohl geringe Formen der Abstraktion vorliegen. Am deutlichsten wird das bei der Verwendung juristischer Begriffe. Diese erfahren nur selten und dann "bei Gelegenheit" eine Deutung. Eine Begriffsbestimmung wäre vor allem in den Definitionen zu erwarten, da die beiden anderen Spruchsammlungen nur zusammenhanglose Einzelfragen behandeln und dort anscheinend auch die besondere

89) Eigentum an der Gerade, Eigentum des Mannes an den Mobilien der Frau und erbrechtlicher Vorteil, s. unten Kap.3.

90) Daß das auch für die Practica Nova zu gelten hat, weist Sellner (vgl. Einleitung Anm.1) S.129 nach.

91) Stintzing I S.524.

Berücksichtigung des Nichtjuristen aufgegeben ist⁹²⁾. Aber auch in den Definitionen sind Begriffsbestimmungen selten. Die Bezeichnung der Einzelabhandlungen als "Definitionen", die Carpzov wählte, darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß damit keineswegs Begriffsbestimmungen gemeint sind⁹³⁾. Diese Benennung beabsichtigte nur, sich terminologisch in einen bewußten Gegensatz zur zeitüblichen Einteilung zu stellen. Zwar ist der Sprachgebrauch bei Carpzov klar und scharf - die Dogmatik der traditionellen Rechtslehre hatte eindeutige Bezeichnungen geprägt und seit langem zu juristischem Allgemeingut werden lassen. Verwirrung war ohne Begriffsbestimmungen nicht zu besorgen. Indessen ist eine derartige Behandlung der Begriffe nur dann verständlich, wenn Carpzov für nicht ganz unerfahrene Leser schreiben wollte. Nach seinem erklärten anderen Ziel mußte er aber auch Begriffsbestimmungen geben. Sie finden sich jedoch nur in geringer Zahl. Charakteristisch - und dem entsprechend, was über Einführungen gesagt wurde - ist, daß die Behandlung eines Rechtsinstituts bei einer Konstitution fast nie mit der Begriffsbestimmung eingeleitet wird⁹⁴⁾: diese taucht immer erst dann auf, wenn sie sich zur Lösung einer Streitfrage⁹⁵⁾ als notwendig erweist, oder sich sonst - vielleicht ziemlich unvermittelt - aufdrängt⁹⁶⁾. Die

92) In den Vorworten zu den Responsen und den Einzelbänden der Decisionen fehlt jeder Hinweis auf eine solche Absicht. Vgl. zu Anm.8.

93) Praefatio zu den Definitionen: "Decisiones hasce novo modo tractatas placuit quoque novo nomine proferre, easque Definitiones insignire, nimirum judiciales, ne quis forte dubitet, quin eo nomine haud definitiones logicas, sed juridicas .. nempe has ipsas, quas vulgo decisiones dicunt, significatas vellem."

94) Siehe oben zweiter Abschnitt I 3 nach Anm.28.

95) Def. 1,3,16.

96) Def. 2,16,11,1 Unterschied von Dotal- und Paraphernalvermögen. Diese Stelle ist im höchsten Maße bezeichnend. Nachdem Carpzov schon über 10 Definitionen hinweg die unterschiedliche Behandlung von Dotal- und Paraphernalvermögen bei Interzessionen der Ehefrau zugunsten des Ehemannes (Problematik des SCT Vellejanum) behandelt hat, fährt er nach Abschluß der letzten Limitation folgendermaßen fort: "Magna inter bona mulieris paraphernalia et dotalia quia est diversitas ... (folgt eine kurze Zusammenfassung) ... Multum refert nosse, quatenus bona dicuntur dotalia?"

dann vorgenommene Begriffsbestimmung ist aber in aller Regel keine "Definition" im logischen Sinne, sondern sie beschränkt sich darauf, rein tatsächlich darzustellen, was unter dem Ausdruck zu verstehen sei und wie sich das Rechtsinstitut, das er bezeichnet, auswirkt⁹⁷⁾. Darin zeigt sich überhaupt ein charakteristischer Zug Carpzovs: er pflegt Rechtsinstitute plastisch zu machen, indem er ihre Auswirkung (im Prozeß) in verschiedener Hinsicht ausführlich darstellt und ihre Vor- und Nachteile für die Parteien aufzeigt⁹⁸⁾. Auf diese Weise sind auch die sonst erforderlichen abstrakten Begriffsbestimmungen für ihn überflüssig: der Begriff als logisches Mittel ist ohne Bedeutung.

Diese Form des Argumentierens ist freilich nicht als - negative - Folge eines fehlenden Systems anzusprechen. Es handelt sich vielmehr um die der Systematik durchaus entgegengesetzte juristische Denkform der Topik. Kennzeichnet man die Systematik durch die Deduktion, so wird die Topik als "Techne des Problem Denkens" definiert^{98a)}. Weil Carpzov vom einzelnen Fall ausging und ihn nur seine Lösung interessierte, war ein System gar nicht möglich.

Die Richtigkeit dieser Beurteilung erweist sich bei einem Blick in die Disputationen⁹⁹⁾. Der Gegensatz zu den Spruchsammlungen ist offenbar. Den Grund findet man in der Aufgabe der Disputationen: sie waren Übungsstücke für die Universität, zu Lehrzwecken geschriebene mehr theoretische Abhandlungen. Daraus wiederum erhellt für die Spruchsammlungen, daß ihr andersartiger Aufbau ihrem auf die Praxis orientierten Zweck entsprach.

97) Def. 2,14,24,1ff. Nachdem Carpzov in den Definitionen 1-23 ständig von der Gerade gesprochen hat, wird sie in Def. 24 erst definiert. Aber nicht etwa abstrakt als die zum persönlichen Gebrauch der Ehefrau bestimmten beweglichen Sachen, sondern durch Aufzählung einzelner darunter fallender Gegenstände.- Dasselbe bei der "Definition" des Total- und Paraphernal-Vermögens in Def. 2,16,11,1ff.

98) Vgl. etwa zum Besitz Resp. 1,2; zur exceptio Def.1,3,15.

98a) Viehweg S.15ff.

99) Vgl. Disputatio de Donatione Geradae.

2. Bei der Gedankenführung

Doch ist auch in den Disputationen diese Begriffsbestimmung nur äußerlich, schematisch. Sie hat keine sachliche Folge in den anschließenden Ausführungen. Die Begriffe sind für Carpzov nicht mit Gehalt erfüllt. Sie gelten ihm nicht als logische Mittler, die Wert und Wesenhaftigkeit in sich tragen, sondern einfach als Benennungen, Bezeichnungen für bestimmte Tatsachen, Verhältnisse, Wirkungen. Ein Rechnen mit Begriffen - das der neuen mechanistischen Naturauffassung entsprach - liegt Carpzov fern. Dieser geringen Bedeutung der Begriffe entspricht es, daß Carpzov die juristische Konstruktion verschmäht. Er geht in seinen Begründungen nicht von bestimmten Ansätzen aus, die ihn aus ihrer systematisch - dogmatischen Stellung zu bestimmten Ergebnissen führen, sondern er setzt für jeden Einzelfall selbständig und ohne Ableitung aus untergeordneten Begriffen neu an.- Eine Definition, Decision usf. folgt nicht sachlich notwendig aus der ersten. Daher muß er die Verknüpfung in äußeren Anhaltspunkten suchen, die in der Ähnlichkeit der behandelten Fälle liegen. Die Begründung für die Entscheidung ist demgemäß nicht vom jeweiligen Teilgebiet geprägt, sondern ruht selbständig in sich.

Die einfachste Art der Begründung ist die Berufung auf die gesetzliche Regelung. Die Gesetzesregel ist nicht die Bestätigung für die Richtigkeit des eigenen Gedankenganges oder Zeichen für die Konsequenz des Systems, sondern sie ist kraft ihrer Autorität ausreichende Begründung¹⁰⁰⁾. Der ausdrücklichen Gesetzesbestimmung wird die Ableitung eines Rechtssatzes aus mehreren Einzelnormen¹⁰¹⁾ oder allgemeinen Rechtsgedanken¹⁰²⁾ gleichgeachtet. Insofern steht Carpzov in der Nachfolge von Glossatoren und Postglossatoren.

Ist die Berufung auf das Gesetz nicht möglich, stützt sich Carpzov auf das Wesen des Instituts oder auf grundsätzliche

100) Def. 2,20,1: Corpus juris und Constitutionen.

Def. 2,20,5; Corpus juris. Def. 2,20,7: Ssp und Ssp-Glosse.

101) Def. 2,20,2 besonders Num 5.

102) Def. 2,20,4,8.

Überlegungen, etwa um eine fehlende Kausalität nachzuweisen¹⁰³⁾. Viel zahlreicher als diese Form sind aber die Rückgriffe auf allgemeine Loci (Topoi), wie das Argument a minore ad maius¹⁰⁴⁾, a correlativis¹⁰⁵⁾, ab exceptione ad regulam¹⁰⁶⁾, a speciali¹⁰⁷⁾, e contrario¹⁰⁸⁾ und eine große Anzahl anderer. Diese Topoi sind vielfach ausdrücklich auf das bekannte Werk des Nicolaus Everhardus Middelburgensis "Loci Argumentorum Legales" zurückgeführt¹⁰⁹⁾. Dieses Buch entstammt der Schule der von der Scholastik geprägten Jurisprudenz¹¹⁰⁾. Aus den rund 50 Allegaten in den Definitionen kann man ablesen, daß es Carpzov sehr geschätzt haben muß.- Doch die Art des Argumentierens beweist mehr als die ausdrückliche Berufung auf Everhardus, daß Carpzovs Denkstil der der Topik ist^{110a)}. Diese Methode^{110b)}, schon in der kasuistischen römischen Rechtswissenschaft allein verwendet, erfuhr ihre Fortbildung bei Glossatoren und Postglossatoren und erreichte ihren Höhepunkt im mos Italicus^{110c)}. Sie ist vor allem durch ihren Gegensatz zum System gekennzeichnet. Sie findet ihre Argumente nicht aus der Deduktion, sondern sucht in jedem Einzelfall "sachlich passende und ergiebige Prämissen, um Folgerungen ziehen zu können, die uns etwas einleuchtend erschließen". Auf der höheren Stufe, die die Rechtswissenschaft zur Zeit Carpzovs innehatte, haben sich bereits Topoikataloge gebildet, die ein "Repertoire von Gesichtspunkten" bieten^{110d)}; ein solcher ist das Werk des Everhardus. Ein weiteres Kennzeichen ist die Verwendung der Distinction^{110e)}, des bei Carpzov am häufigsten verwendeten Topos¹¹¹⁾.

103) Def. 2,20,8. Def.2,21,5. 104) Def. 2,20,11,7.

105) Def. 1,8,28,4; Def. 2,13,21,1/2; sehr beliebt.

106) Def. 1,12,13,6. 107) Def. 2,12,20,8.

108) 3,16,1,7, sehr beliebt.

109) Benutzte Ausgabe Argentoratum (Straßburg) 1603.

110) Vernichtendes Urteil bei Stintzing I S.119; über ihn vgl. L.J.v. Apeldoorn; Meded. Kon.Ned.Akad. von Wetensch.afd. Lett. deel 80,1939.

110a) dazu Viehweg S.15ff, insbes. S.18ff.

110b) Viehweg S.51 nennt die Topik einen "Denkstil" im Gegensatz zur "Methode". Diesen Namen verdiene nur ein Verfahren, das logisch streng nachprüfbar sei, mithin einen eindeutigen Begründungszusammenhang, also ein deduktives System schaffe.

110c) Viehweg S.26ff, 39ff. 110d) Viehweg S.18 110e) Viehweg S.44.

111) Def. 2,20,6,8; Def. 2,21,7,5; Def. 2,23,8,12.

Mit dieser von Carpzov meisterlich gehandhabten Topik ist eine Abwendung von allen modernen Bestrebungen verbunden. Diese Art des Argumentierens schließt, da sie bis ins Letzte durchgeführt wird, das einheitlich sich entwickelnde System aus; denn sie ist auf die isolierte Betrachtung eines Spezialpunktes zugeschnitten¹¹²⁾. Daher mußte der Stoff in den Spruchsammlungen in kleine Einzelabschnitte aufgeteilt werden, wenn man die Methode als vorgegeben ansieht. Oder umgekehrt führte die Aufteilung in kleine Einzelabschnitte von selbst zu dieser Methode. Methode und äußere Form entsprechen einander.

Die Disputationen sind zwar als fortlaufende Darstellungen konzipiert. In Wahrheit stellen sie aber nichts anderes dar, als die Aneinanderreihung bereits in den Spruchsammlungen gefundener Ergebnisse¹¹³⁾. Soweit einmal ganz spezielle Einzelfragen behandelt werden, geht Carpzov genau so vor wie dort¹¹⁴⁾.

Das für das System hier gewonnene Ergebnis schließt sich fügenlos an das Bild an, das vom Aufbau entworfen wurde. Die scholastische Methode bestimmt beide. Methodische Ansätze zu neuen Entwicklungen sind nicht ersichtlich. Stintzing¹¹⁵⁾ hat die Methode als "empirisch" bezeichnet. Sie ist nicht eigentlich analytisch, da nicht aus den vorhandenen Rechtssätzen durch Abspaltung anderer Fälle neue Entscheidungen getroffen werden. Dennoch steht sie der Synthese fern, da Carpzov aus den zu Rechtssätzen komprimierten Leitsätzen keine höheren Einheiten formt. Man kann sich daher nicht auf die Leitsätze berufen, um Carpzovs Methode als synthetisch zu kennzeichnen. Die Leitsätze dienen nur dazu, den jeweils zu behandelnden Einzelfall zu einem noch recht konkreten Rechtssatz zu formulieren. Stintzing¹¹⁶⁾ hat Carpzov dies als Vorteil anrechnen und darin offenbar synthetisches Vorgehen erkennen wollen. Er begründet seine Beurteilung damit, daß Carpzov, die Sprüche

112) Herkunft aus der Diskussion; Grabmann II S.558. Viehweg S.41.

113) Vgl. die Aufstellung in Anm.10 Kap.1.

114) Jur Foem 3,9.

115) Stintzing II S.66.

116) Stintzing II S.66.

als Grundlage benutzend, aus den Entscheidungen den Rechtssatz abstrahiere und die Einzelheiten zu großen Rechtsgedanken zusammenfasse, während etwa die Kommentatoren umgekehrt vorgegangen seien und den allgemeinen Rechtssatz in viele Einzelheiten aufgesplittert hätten. Dem kann nicht zugestimmt werden. Zwar ist der Leitsatz auf Grund des Spruchs gebildet worden, der der Einzelerörterung angeschlossen ist. Doch wird man keinen Leitsatz finden, von dem man behaupten könnte, daß in ihm aus dem konkreten Fall abstrahiert ein allgemeiner Rechtsgedanke gewonnen wäre. Allerdings ist, worauf auch Landsberg¹¹⁷⁾ hinweist, die Formulierung eines Leitsatzes so gefaßt, daß man nicht mehr die Herkunft aus einem Fall spürt. Aber es ist eine Frage der Grenzziehung, ob man dies schon als "abstrahieren" bezeichnen will. Je knapper eine Fassung, desto mehr Deutungen läßt sie zu. Daß aber Carpzov aus mehreren seiner Leitsätze (Rechtssätze) einen gemeinsamen allgemeineren Obersatz abstrahiert hätte, ist nirgends ersichtlich.

III. Gründe für die Methode

Die Richtigkeit der Stintzing'schen Auffassung muß auch wegen des Zweckes bezweifelt werden, den Carpzov mit den Spruchsammlungen verfolgte und der schon bei allen bisherigen Feststellungen als Grundidee zu erkennen war.

Carpzov hat sich darüber in den Vorworten der Spruchsammlungen geäußert. Theoretische Bücher zu schreiben erscheint ihm überflüssig¹¹⁸⁾, da schon viele große Juristen auf diesem Gebiet Wertvolles geleistet hätten. Er aber habe stets diejenigen Werke höher eingeschätzt, "qvi usui practico et forensi inservire studuerunt."- Damit hat er den wesentlichen Gesichtspunkt seines Schaffens aufgezeigt: Nicht nur aus der Praxis, sondern für sie zu schreiben, ist sein Anliegen. Wenn auch

117) Landsberg "Die juristische Fakultät zu Leipzig", Sp.10, in Festgabe der Deutschen Juristenzeitung zum 500jährigen Jubiläum der Universität Leipzig, Berlin 1909.

118) Praefatio zu den Definitionen. Im folgenden ist eine sinn-gemäße Fassung, keine Übersetzung geboten.

schon viele Werke dieser Art vorlägen, so sei daran doch nie Überfluß, fährt er fort, "quia semper natura nova gignit facta novasque curat edere litium formas".- Dieser Satz kehrt gleichlautend in dem Vorwort zu den Decisionen Teil 3 wieder.- Aus seiner Aufzeichnung dieser Neuentwicklungen sollen alle lernen: Advokaten, Patroni (d.h. mit Gerichtsgewalt ausgestattete Grundherren) wie auch alle anderen, denen zu beraten und zu richten obliegt, "cui (d.h. dem Werk der Rechtsprechungs-sammlung) tamquam fundamento confidenter ac tuto inniti qveant."

Mit diesem Ziel der Werke Carpzovs vor Augen werden alle Besonderheiten verständlich und als zweckentsprechend erkennbar. Das gilt insbesondere von dem in der Methode sich ausdrückenden Konservatismus. Noch immer in der Praxis herrschend¹¹⁹⁾, wird der mos Italicus Carpzov selbst beeinflusst haben. Außerdem mußte sich Carpzov auch dieser Methode bedienen, wenn er bei den Praktikern, für die er schrieb, nicht wegen der Form auf Widerstand stoßen wollte.

Die Praxis brauchte kein Lehrbuch, um das Recht zu erlernen, sondern ein Nachschlagwerk für Einzelfragen. So muß jedenfalls Carpzov empfunden haben, denn er hat in seiner kleinen Schrift "Certa methodus de studio juris recte et feliciter instituendo"¹²⁰⁾ die systematischen Werke ausdrücklich auf die Lehrjahre des Studenten beschränkt. Erst in den Abschlußsemestern soll dieser auch Werke aus der Praxis zur Hand nehmen¹²¹⁾, die nicht mehr systematisch sind. Für den Rechtsstudenten ist das einleuchtend. Wie sich aus seiner Methode ergibt, scheint Carpzov aber den Umkehrschluß zu ziehen, der Praktiker brauche keine systematischen Werke. Das ist grundsätzlich nur insoweit berechtigt, als es sich um juristisch gebildete Leser handelt, die bestehende Lücken selbst ausfüllen können. Ein ungelehrter Leser kann das nicht. Daher sind für ihn Supplementbände erforderlich: So erklären sich Responsen und Decisionen.

119) Stintzing I S.525.

120) Veröffentlicht in "Manuductio ad universum jus civile et canonicum" Frankfurt/M und Leipzig 1685.

121) Zweiter Teil § 15.

Carpzovs Anliegen mußte es sein, für jeden Einzelfall die Entscheidung zu bieten. Dazu ist keine Einleitung erforderlich und dazu braucht es keiner Begriffsbestimmung - das Ergebnis will der Leser erfahren. Und für das Ergebnis eine Begründung, möglichst kurz, möglichst durchschlagend und möglichst vollständig gleich beim Ergebnis. Daher ist jede Entscheidung bei Carpzov sofort und umfassend begründet. Das zwingt zwar zum ständigen Wiederholen allgemeiner Regeln¹²²⁾. Doch ein Nachschlagen und Rückblättern, um die dogmatisch-systematisch vorbereitete Begründung erfassen zu können, erübrigt sich.- Es genügt die Berufung auf das Gesetz oder anerkannte logische Topoi - welch schlagenderes Argument kann es für die Praxis geben?- Ein Nachweis der systematischen Zusammenhänge ist überflüssig, eine Verknüpfung mit den Entscheidungen der vorangehenden Erörterungen nur hinderlich. Allgemeine Rechtssätze, theoretische Abstraktionen sind für die Entscheidung des Einzelfalles unbrauchbar. Der Richter kann gar kein genügend konkretes Präjudiz finden. Und um dies möglichst schlagwortartig zu erfassen, wird es in die Kurzform des Leitsatzes gekleidet.-

Das Ergebnis muß ein für den praktischen Gebrauch unvergleichliches Werk sein. Schon Boehm¹²³⁾ hat darauf hingewiesen, daß gerade ihre Anlage die Carpzovschen Werke so außerordentlich praktikabel gemacht habe. Er scheint darin den hauptsächlichen Grund für die überragende Wirkung Carpzovs zu sehen. Sicher spielt dieser Umstand eine wesentliche Rolle für das große Ansehen Carpzovs. Doch lassen sich noch andere Gründe feststellen, die im wissenschaftlichen Apparat Carpzovs liegen.

122) Etwa an folgenden Stellen: Def. 1,28,68,6; 1,28,110,4; 1,28,144,3; 1,30,29,2. Die Häufung schon innerhalb derselben Konstitution (1,28) - die allerdings umfangreich ist - zeigt das deutlich: "gelehrter Prunk", (von Weber in der Rosenfeld-Festschrift S.26).- Vgl. aber Kap. 2,3. Abschnitt a.E.- Resp. 1,3,6; 2,101,14 einerseits und Resp. 1,3,8 und 2,101,15 andererseits.

123) Boehm ZStrRW Bd.61 S.312f.

Zweites Kapitel

Der wissenschaftliche Apparat

Erster Abschnitt: Die Zitate

I. Die Verwendung des Gesetzes

1. Die Art des Zitierens

Neben und in dem eigentlichen Text aller Werke findet sich ein großer Apparat gelehrten Beiwerkes: Zitate von Gesetzen, Schriftstellern und Sprüchen¹⁾. Den weitaus größten Teil des gelehrten Apparates machen die Zitate aus. Eine vorsichtige Schätzung für die zivilrechtlichen Teile (1-3) der Definitionen ergibt die Zahl von 20 000 Stellen, etwa 7 Zitate je Definition. Diese hohe Zahl vermittelt ein Bild von der Fülle dieser Belegstellen, aber sie verliert an Bedeutung, wenn man sich vor Augen hält, daß Carpzov die Zitate ~~wiederholt~~, wenn dieselbe sachliche Aussage wiederkehrt und dies nicht nur bei bedeutenden Gesichtspunkten. So etwa sind die Zitate zu dem häufig genannten Grundsatz "prior tempore potior jure" immer wiederholt²⁾; es lassen sich unschwer weitere Stellen anführen³⁾, für welche dasselbe gilt. In den Responsen und Decisionen stehen die Zitate etwa im selben Verhältnis zum Text wie in den Definitionen. Doch finden sich hier - selten - wörtliche Übernahmen des Gesetzestextes⁴⁾. In den Disputationen ist Carpzov zum Prinzip der Definitionen zurückgekehrt und zitiert fast ausnahmslos nur die Fundstelle.-

1) Sie werden zur Vereinfachung folgendermaßen bezeichnet: als "Zitate" die Gesetzeszitate, als "Allegate" die Zitate aus Schriftstellern, als "Sprüche" die Zitate aus Entscheidungen der Gerichte, auch wenn es sich um Gutachten der Gerichte handelt.

2/3) Vgl. Kap. 1 Anm.122.

4) Vgl. Kap. 1 Anm.12.

Selbst wenn man die wiederholten Stellen an der Gesamtzahl absetzt, bleibt doch eine solche Menge von Zitaten, daß es zweifelhaft wird, wie Carpzov sie alle selbst hätte gefunden und nachgeprüft haben sollen. Forscht man bei anderen Schriftstellern nach, so findet man vielleicht einen, von dem Carpzov seine Zitate übernommen hat; vielfach ungeprüft, wie sich feststellen läßt, wenn man die Zitate nachliest. Wenn auch ein großer Teil der Nachprüfung standhält und einen - manchmal weit hergeholten⁵⁾ - Zusammenhang mit dem Text aufweist, so ist die Zahl derartiger "Blindgänger" doch noch hoch. Dabei mochte das Zitat bei dem andern für s e i n e n Zusammenhang noch Sinn haben, Carpzov aber vermutete einen anderen Inhalt und griff für seine Darstellung deshalb mit der Übernahme fehl⁶⁾; oder es lag bereits bei dem Ersten ein Fehler vor, den Carpzov dann mitübernahm⁷⁾.

2. Die Verwendung des Gesetzes

Das Gesetz dient Carpzov dazu, die von ihm befürwortete Entscheidung zu begründen⁸⁾. Dabei steht das Gesetz in einer Doppelfunktion. Es dient einmal zur unmittelbaren Regelung des Einzelfalles und als Grundlage für die Abstraktion gewisser allgemeiner Rechtsregeln aus mehreren Stellen, besonders des Corpus juris, wozu diese aus ihrer Entstehungszeit bedingte Kodifikation angesichts der fortwährenden, zum Teil umstürzenden Veränderungen der modernen Lebensformen gerade zu Lebzeiten Carpzovs besonders zwang⁹⁾; er hebt in den Vorworten zu allen drei Sammelwerken hervor, daß die Notwendigkeit für seine Veröffentlichungen in der ständigen Weiterbildung des Rechtes

5) Def. 3,24,3,6 und der Verweis auf C 5,37, 22, pr.

6) Z.B. Resp. 4,19,18 a.E. das Zitat aus der Sachsenspiegel-Glosse 1,20 C (nicht E: Druckfehler!) findet sich bei Colerus Exec, 1,2,223: für Colers Text hat es Sinn, nicht aber für den Carpzovs.

7) In Resp. 4,19,8 ist von Colerus Exec, 1,2, 220 das Zitat D 41,2,41 übernommen, das für beide nicht zutrifft: denn beide nehmen Besitz "Jure familiaritatis" an, während Paulus in der angeführten Digestenstelle ihn deshalb gerade ausschließt.

8) Vgl. Kap. 1,2 Abschnitt II 2 zu Anm.100.

9) Vgl. die Ausführungen zu Fragen der Geldentwertung Def.2,28.

durch neue der gerichtlichen Beurteilung zugeführte Sachverhalte begründet liege.

Doch nicht als ob Carpzov sich prinzipiell bemüht hätte, selbst allgemeine Regeln zu schaffen und ihre Zusammenhänge bloß zu legen. Vielmehr stützt er sich auf Vorgänger und vor allem liegt ihm nichts an einem allgemeinen Satz, sondern alles am konkret zu entscheidenden Fall. Um diese Entscheidung zu finden, bemüht er sich häufig um eine sorgfältige Auslegung des Gesetzeswortlautes. Dabei ist einer der wesentlichsten Gesichtspunkte der Zweck des Gesetzes, der Wille des Gesetzgebers, oder anders formuliert: im Sinne Carpzovs die "ratio legis"¹⁰⁾. Aus diesem Grund ergab sich manchmal die Notwendigkeit, historische Reminiszenzen einzuschalten¹¹⁾. Daraus darf nicht auf ein historisches Verständnis des Rechts geschlossen werden. Wie die historischen Einleitungen in den Disputationen, die nur der Kuriosität halber und um das landläufige Schema zu wahren, aufgenommen scheinen, sind auch in den Spruchsammlungen die knappen historischen Ausführungen nicht von eindringendem Verstehen in das geschichtliche Wachstum des römischen Rechts getragen. Sie dienen nur dem Zweck, den Ausgangspunkt für den Willen des Gesetzgebers aufzuhellen, um Carpzovs Auslegung zu begründen¹²⁾.

Die Carpzov für die Gesetzesauslegung außerdem zur Verfügung stehenden Möglichkeiten umfassen das ganze auch heute gebräuchliche Instrumentar: von der Erforschung der Absichten des Gesetzgebers spannt sich die Reihe bis zu gemäßigten teleologi-

10) Vgl. Def. 3,20,11,4; 3,22,6,5; 2,16,15,7; Jur Foem. 8,3, 35f.

11) Def. 1,28,65,2; Def. 3,11,30,1f; Def.2,22,1,1 hier liegt sogar eine ganz leicht angedeutete Darstellung der römischen Rechtsentwicklung vor.

12) Def. 1,28,65,2. Das Vorrecht der Hypotheca tacita der Ehefrau im Konkurs des Ehemannes hinsichtlich ihrer Dos vor anderen, selbst mit Hypotheca expressa gesicherten Gläubigern wird auf die allgemeine Tendenz Justinians zurückgeführt, die (güter)rechtliche Stellung der Ehefrau zu stärken.

schen Einschüssen¹³⁾. Dazwischen stehen die grammatikalische¹⁴⁾, die restriktive¹⁵⁾ und extensive¹⁶⁾ Interpretation.

Leyser¹⁷⁾ hat Carpzov Gesetzesunkenntnis vorgeworfen. Er verlegt den Schwerpunkt zwar aufs kanonische Recht, schließt aber das Corpus juris nicht aus. Zwar habe Carpzov viele Schriftsteller gelesen und allegiert; doch die näherliegende gesetzliche Entscheidung sei darüber unberücksichtigt geblieben. Er weist auch einen solchen Fall nach, den er verallgemeinernd auf alle Werke ausdehnt¹⁸⁾. Eine abschließende Stellungnahme zu diesem harten Urteil ist nicht möglich. Es soll aber auf einige Beobachtungen aufmerksam gemacht werden, die diese einseitige Kritik etwas erschüttern. Daraus, daß nur Autoren allegiert sind, auf Gesetzesunkenntnis zu schließen, ist nicht bedenkenfrei. Ein Beispiel gibt Dec. 57, 6ff. Hier fügt Carpzov, nachdem er eine Frage unter Berufung auf verschiedene Schriftsteller entschieden hat, den Gesetzeswortlaut an¹⁹⁾. Carpzov

13) Def. 2,10,32,5. Steht Kindern, die vor der Erteilung einer Dignitas an den Vater geboren worden waren, ein Recht auf diese Würde und die mit ihr verbundenen Privilegien zu? In der Lehre war die Frage hinsichtlich der Dignitas bejaht, hinsichtlich der Privilegien verneint worden. Dagegen Carpzov: "Quid juvat filios dignitas, si privilegiis non gaudeant?"-Def. 1,32,8,1 sagt ganz allgemein, daß es die Interessen der Parteien im Vollstreckungsverfahren zu berücksichtigen gelte.

14) Def. 1,28,65, 8f; 1,30,14,2; 1,28,41,4; 2,16,10.

15) Def. 1,30,23, 3f. Der in der Konstitution 1,30 gebrauchte Ausdruck "Märkte" wird auf Messen beschränkt. Def. 2,1, 15,8 bes.10 als nur ein Beispiel für die oft vorgebrachte Forderung, das jus statutarium gegenüber dem gemeinen Recht restriktiv auszulegen.

Def. 2,12, 31,8 eine weitere generelle Regel: "Dispositiones odiosae" dürfen nur restriktiv ausgelegt werden. Das wird an folgendem Fall demonstriert: Eine Schenkung kann "propter ingratitude" revoziert werden. Soll der Schwiegervater dies Recht auch gegenüber dem Schwiegersohn haben, der nach dem Tod seiner Ehefrau deren minderjährige ledige Schwester verführt? Carpzov lehnt das mit restriktiver Auslegung der Stelle C 8, 55, 10 unter Hinweis auf Inst. 2,7,2 a.E. ab.

16) Def. 1,28,65,4; 2,10,32,5.

17) Spec. 333 thes. 12.

18) Stintzing II S.65 Anm.1 gibt diese Stellungnahme kommentarlos wieder.

19) Ähnlich in Def. 1,28,94,8 und 1,28,96,8, wo zunächst längere Ausführungen über den Grund und die Richtigkeit einer gesetzlichen Regelung gemacht werden, bevor Carpzov diese nennt.

stellt wohl seine Belesenheit gern zur Schau - ein Zug der Zeit: man "prunkte" mit Allegaten.- Eine zweite Möglichkeit bleibt zu berücksichtigen, daß nämlich die im Gesetz genannte Begründung der Entscheidung nicht mit Carpzovs Auffassung übereinstimmte²⁰⁾. Auch hier mußte er auf die gesetzliche Entscheidung verzichten, wollte er nicht mit seinen eigenen Ausführungen in Konflikt geraten.- Für den Sachsenspiegel schließlich sind besondere Zweifel berechtigt, weil die Rechtslehre des 16. Jahrhunderts die Kenntnis dieses Rechtsbuches beträchtlich vertieft und erweitert hatte: Fachs, Reinhard, König, Zobel sind bekannte Namen²¹⁾. Ja von Martitz bestätigt gerade Carpzov einmal besonders gute Kenntnis des Sachsenspiegels²²⁾. So ist es nicht mit Unkenntnis zu erklären, wenn sich Carpzov für eine Lösung gegen den Sachsenspiegel ausspricht, ohne dessen entgegenstehender Regelung dabei zu gedenken²³⁾. Er dürfte davon ausgegangen sein, daß die Sanktion des Sachsenspiegels nicht mehr in Geltung und ihre Erwähnung daher entbehrlich sei. Unkenntnis anzunehmen, geht wohl zu weit²⁴⁾.

II. Die verwendeten Gesetze

1. Die Rechtsquellen

Die Zahl der von Carpv zitierten Gesetze ist relativ groß. Neben dem Corpus juris civilis^{24a)} und dem Corpus juris canonici stehen Sachsenspiegel und Weichbild. Dem Sachsenspiegel an Geltung fast gleich ist die Sachsenspiegelglosse, der Carpv mehr Anerkennung zollt, als sonst einem Schriftsteller. Hinzu kommen eine Fülle von reichs- und landesgesetzlichen Bestimmungen: Carpv nennt zahlreiche Reichsabschiede und lan-

20) Ein solcher Fall Kap. 3 Anm.102.

21) Kiesel S.91 mit weiteren Nachweisen.

22) v.Martitz S.227 Anm.11.

23) Def. 3,18,26 - Ssp. 1,3,3. "Nemen twene brudere"...
vgl. Schott S.285.

24) Vgl. aber im 4.Kapitel zur Stellungnahme von Schott.

24a) Das römische Recht wird in der Form zitiert, die durch die Ausgaben des Corpus Juris bis zu Haloander (Def.2, 19,9,9) überliefert ist. Neben Digesten, Codex und Novellen finden sich auch Stellen aus den Authentiken. Def. 2,16,14,2; 3,25,14,8; Resp. 2,75,1; Dec. 163, 11f.

desherrliche Vorschriften²⁵⁾. Ohne Bedeutung im einzelnen sind die wenigen Ortsstatute²⁶⁾, die Carpzov nur erwähnt, um abweichende Rechtsvorstellungen zu kennzeichnen.

Überpositive Rechtsnormen sind Carpzov wohl nicht unbekannt²⁷⁾, - etwa das göttliche Recht oder das Naturrecht. Doch sind darüber in den zivilrechtlichen Werken nicht genügend Ausführungen zu finden²⁸⁾.

2. Das Verhältnis der Rechtsquellen

Über das Verhältnis der Rechtsquellen hat Schneider ausführlich gehandelt. Er kommt für das Strafrecht zu einem Ergebnis, das auch für das Zivilrecht zutrifft. Zusammengefaßt ergibt sich nach dem Geltungsbereich der Rechtsquellen folgende Abstufung:

Jus naturae, jus Canonicum, jus commune civile, Statutarrecht und Gewohnheitsrecht²⁹⁾. Berücksichtigt man dagegen die Fähigkeit, andere Normen außer Kraft zu setzen, so ist eine andere Reihenfolge angemessen: Jus naturae³⁰⁾, Gewohnheit³¹⁾, Jus statutarium³²⁾, Jus Canonicum³³⁾, Jus commune civile³⁴⁾.

25) Def. 1,3,22,5; 3,3,1,2; 2,30,1,15; 2,29,3,8; 3,38,19,6;
= Reichsabschiede

Def. 1,2,22,2; 1,5,12,4; 2,5,9,2; 2,30,1,2; 2,19,18,14;
3,28,17,7; = sächsische Gesetze.

Es sind nur Beispiele herausgegriffen. Die Zahl ist nicht vollständig.

26) Z.B. Def. 2,14,51,7 Leipzig.

27) Schneider §§ 3 und 5.

28) Auf die hier offen bleibenden Fragen gibt Antwort die Dissertation von Schneider. Dort ist zwar die Untersuchung nur an Hand der Practica nova geführt - doch dürfte eine Übernahme ins Zivilrecht zu rechtfertigen sein. Die Rechtsquellenlehre kann keine Unterschiede aufweisen.

29) Def. 2,12,14,2 Kanon.Recht; Def. 1,21,2,4; 2,3,7,3ff. ergeben, daß das jus civile nach dem jus canonicum steht; -Def. 1,2,6,7 Statutarrecht; -Def. 1,5,4,3 Gewohnheitsrecht.-

30) Def. 2,10,19,5; 3,23,18,4.

31) Def. 1,28,65,14; 1,5,4,3.

32) Def. 1,32,4,3.

33) Ausdrücklich ist hierzu nichts gesagt; das Jus canonicum steht aber vor dem Zivilrecht Def. 2,3,7,3.

34) Def. 1,2,6,7.

Von besonderem Interesse ist das Verhältnis von sächsischem und römischem Recht. Es geht dabei nicht um den Nachweis sächsischen oder römischen Gedankenguts im Einzelfall, sondern um die theoretische Fixierung des Verhältnisses beider Quellen.- Über die Geltung des römischen Rechts in Deutschland äußert sich Carpzov nie; sie ist ihm zu selbstverständlich. Dagegen gilt der Sachsenspiegel nicht kraft gleicher gesetzlicher Autorität, sondern nur als Gewohnheitsrecht³⁵⁾. Das bringt ihn gegenüber dem römischen Recht zwar insofern in Vorteil, als das Gewohnheitsrecht strenge Beachtung verlangt und dem Jus commune derogiert³⁶⁾. Zugleich aber ist es von Nachteil. Denn daß das Jus civile gilt, ist außer Zweifel; für das Bestehen einer Gewohnheit aber bedarf es schwieriger Beweise³⁷⁾. Das Weichbild steht dem Sachsenspiegel gleich, es unterscheidet sich nur im Geltungsbereich von ihm, nicht im Wert³⁸⁾. Da der Sachsenspiegel und das Weichbild nur in begrenztem Umfang Geltung haben, ergeben sich weitere Beschränkungen aus ihrer Eigenschaft als Statutarrecht³⁹⁾. Dieses ist grundsätzlich restriktiv auszulegen, d.h. so, daß das jus commune möglichst wenig beeinträchtigt wird⁴⁰⁾. Lücken sind nach gemeinem Recht zu ergänzen⁴¹⁾. Damit ist eine Interpretation des Statutarrechts aus seinem eigenen System und aus seiner eigenen Gedankenwelt ausgeschlossen. Das sächsische Recht, in seinem Geltungsgrund schon auf die Gewohnheit beschränkt, war damit in die Rolle des unvollständigen, d.h. auch unausgebildeten Rechts gedrängt. Mit dem Verbot, es aus seinen eigenen Vorstellungen zu ergänzen, war der erste Schritt getan, ihm seine Lebensfähigkeit ganz zu entziehen. Diese Auffassung entsprang der gemeinrechtlichen Statutentheorie⁴²⁾, einer in Oberitalien aus

35) Def. 1,28,93,8; 2,35,8,4; 3,35,7,2; 3,11,13,9f.

36) Def. 1,28,65,14ff; 1,5,4,3.

37) Def. 2,3,22,1ff.

38) Def. 3,36,1,5.

39) Darunter versteht Carpzov meist vor allem die Konstitutionen, vgl. Def. 2,22,19,8.

40) Def. 1,7,9,4. Daß "Jus Saxonicum" = Ssp und Weichbild ist, ergibt sich aus Def. 1,32,4,1f.

41) Def. 2,6,4,7; 2,16,15,8.

42) Vgl. Engelmann S.142, 144,153.- Über die Statutenlehre Carpzovs im Hinblick auf ihre kollisionsrechtlichen Auswirkungen vgl. Günter Herrmann "Johann Nikolaus Hert und die deutsche Statutenlehre" Berlin 1963, S.42ff.

dem römischen Recht entwickelten Lehre. Diese war somit schon ihrem Ursprung nach der Statutargesetzgebung feindlich, wenn diese auch gerade ihr Gegenstand war. Die Beschränkung des Statutarrechts war im Interesse der Rechtseinheit zwar geboten, für die Statuten aber vom Nachteil. Wie sich das bei Carpzov am Einzelfall auswirkte, wird im 3. Kapitel zu betrachten sein.

III. Die Geltung des Gesetzes

1. Positivistische Züge

In allen Werken Carpzovs zeigt sich das Bemühen, eine Entscheidung möglichst aus dem Gesetz herzuleiten⁴³⁾. Die Grundhaltung scheint einmal auf, wenn er die Streitfrage, ob ein Rechtssatz aus dem deutschen oder römischen Recht herzuleiten sei, einfach damit abtut, daß das Problem seine Regelung in den Konstitutionen gefunden habe⁴⁴⁾. Zum Teil verpflichtet ihn die Statuentheorie zu solcher Berücksichtigung des Wortlautes⁴⁵⁾. Es drückt sich darin aber auch eine gewisse positivistische Haltung aus, die in ganzer Klarheit aufleuchtet, wenn Carpzov eine von ihm als unbillig, ja sogar dem Naturrecht widersprechend angesehene Regel⁴⁶⁾ dennoch aufrecht erhält, "weil das Gesetz so geschrieben ist und der Text des Statuts es so bestimmt".

Fundament einer Entscheidung ist aber nur grundsätzlich das Gesetz⁴⁷⁾; der häufig gebrauchte Satz "Erubescimus enim sine lege loqui, nec in practica^{habetur} qvòd lege non cavetur"⁴⁸⁾ ist mehr Postulat als von praktischer Bedeutung. Die tägliche Praxis und ihre Gebräuche stehen Carpzov höher als der Gesetzestext und er nimmt

43) Als Beispiel: Def. 2,16,12,6; 3,23,24; 3,26,5,5 - 3,26,15,5.

44) Jur Foem 4,4,4f. 45) Dec. 164, 12f; vgl. o. II,2.

46) Def. 2,26,3,8. Wie Carpzov das mit seiner Auffassung vom Naturrecht vereinbart, bleibt unverständlich. Weiteres Beispiel für seine Tendenz: Def. 3,37,8. Hier kann sich Carpzov schließlich nur noch auf den Constitutionen-Text berufen.

47) Def. 1,28,40,4: "Ut liqvet ex verbis hujus constitutionis".

48) Def. 1,32,38,5 oder wie er in unwesentlichen Abwandlungen häufig wiederkehrt Def. 1,32, 55,8; 1,4,2,4 und öfters.

keinen Anstand, eben doch "sine lege loqui", wenn das Gesetz die gewünschte Lösung nicht bietet⁴⁹⁾, freilich nicht ohne kritische Überlegungen zur Sache und keineswegs aus eigener EntschlieÙung gegen das Gesetz, sondern stets mit der Berufung auf den Gerichtsgebrauch⁵⁰⁾ und die Aeqvitas. Gerade der AnschluÙ an die kursächsischen Konstitutionen bot Carpzov für eine solche Stellungnahme vielfältigen AnlaÙ, denn in ihnen war eben solcher Gerichtsgebrauch - wenn auch nur je an einem Gericht - durch die kurfürstliche Sanktion zu Gesetzeskraft aufgestiegen, worauf er hinzuweisen selten versäumt⁵¹⁾. Indessen ist eine solche Sanktion für die Beachtung und verpflichtende Wirkung eines Gewohnheitsrechtsatzes nicht erforderlich⁵²⁾ - die allgemeine tatsächliche Anwendung ist Carpzov AnlaÙ und Beweis der R e c h t s - geltung⁵³⁾.

Da das Gewohnheitsrecht sich nicht nur praeter sondern auch contra legem entwickelt, muß ein Maßstab gefunden werden, dieses Gewohnheitsrecht zu beurteilen. Er steht Carpzov in der "ratio legis" zur Verfügung.

Cessante ratione legis, cessat lex ipsa⁵⁴⁾: dieser Satz tritt dem Leser oft (leicht variiert) entgegen. Er ist ebenso sehr oberster Maßstab und letzte Schranke der Auslegung⁵⁵⁾, wie Geltungsprinzip gesetzlicher Entscheidung überhaupt⁵⁶⁾. Man kann nicht behaupten, daß Carpzov diesen Satz eingehender Betrachtung und Würdigung für Wert erachtet: er taucht floskelhaft und axiomatisch - unbegründet auf. Es ist ein traditionell überlieferter Grundsatz juristischer Logik für das gesetzte Recht⁵⁷⁾ im gemeinen Recht allgemein anerkannt⁵⁸⁾, der die

49) Def. 1,28,65,14; Def. 1,32,4,3.

50) Def. 1,28,175,14 und 1,28,65,14 wo Carpzov auf die inaeqvitas der gesetzlichen Regelung verweist und den Gerichtsgebrauch hervorhebt, der ja meist Grundlage gesetzgeberischer EntschlieÙung sei.

51) Def. 1,28,93,9. 52) Vgl. Def. 2,3,18.

53) Schneider miÙt der kurfürstlichen Sanktion als Grundlage für die Anerkennung des Gerichtsgebrauchs als Recht größere Bedeutung bei.

54) Def. 1,32,59,21; 2,12,23,4 und öfters.

55) Def. 1,32,59,12.

56) Def. 2,12,23,4.

57) Krause S.83; S.98; Engelmann S.133ff.

58) Krause S.100.

eigentliche theoretische Grundlage für die "Desuetudo" und die Anpassung der Gesetze an die neuen Erfordernisse bildet⁵⁹⁾.

"Es war eine Generalklausel, die man brauchte, um der Gerechtigkeit im Einzelfall trotz abweichender Regel näherzukommen"⁶⁰⁾. Daraus wird auch seine Strapazierung bei Carpzov verständlich, für den dieser Satz als offenbare Selbstverständlichkeit einer Begründung nicht mehr bedurfte.

Indessen ist auch dieser Satz vom positiven Recht noch insofern abhängig, als er stets vom Sinn des positiven Gesetzes ausgeht.

Als hohem Richter, der regelmäßig "in zweiter Instanz" zu entscheiden hatte, mußte Carpzov daran gelegen sein, um der Erstanstanz willens die Grundlage jeder richterlichen Entscheidung zu fixieren. Dieselbe Forderung ergab sich aber auch aus der Notwendigkeit einer einheitlichen Rechtsprechung der Gerichte. Eine solche Fixierung des Rechtes ist in verschiedener Weise möglich: durch einen feststehenden Text, der seinen Geltungsanspruch aus staatlicher Autorität herleitet, oder durch einen "Inbegriff von Sätzen oder Begriffen", gegründet auf Postulate der Vernunft⁶¹⁾. Carpzov stützt sich prinzipiell auf das g e s e t z t e Recht⁶²⁾, dessen vernunftmäßige Ableitung ist ihm gleichgültig. Daher die Verwendung der Konstitutionen als Gerüst des Definitionenwerks und die Mahnung: "Eru-bescamus sine lege loqui"⁶³⁾. Da er aber andererseits die Not-

59) Krause S.98 und 91.

60) Krause S.103.

61) Michaelis S.25. Michaelis bezieht seine Darstellung auf den Vorgang der Fixierung selbst. Die Lage ist bei Carpzov insofern eine andere, als hier das Recht schon weitgehend feststeht. Dennoch scheint Michaelis Argumentation verwertbar; dies deshalb, weil die Bedeutung des Gesetzes wegen der starken gewohnheitsrechtlichen Derogationswirkung mit einem feststehenden Recht nur wenig gemein hat.

62) Das zeigt sich deutlich an dem Verhältnis von Gewohnheitsrecht und kurfürstlicher Sanktion; vgl. etwa Def. 1,28,93, 9 und öfters.

63) Dieser Satz ist keine Schöpfung Carpzovs, sondern ebenso wie der von der "ratio legis" seit alters überliefert.

wendigkeit einer Angleichung seiner wesentlichen Rechtsgrundlage, nämlich des Corpus juris, an die zeitgebundenen Veränderungen ständig vor Augen hat, ja gerade deshalb die Responsen und Decisionen veröffentlicht, muß er zu dem Hilfsmittel des Satzes von der ratio legis greifen, um auf scheinbar gesetzeskonformem Wege das Gesetz aus den Angeln heben zu können. Dasselbe bezweckt die Verwendung der Äquitas. Ein Äquitas-Begriff, der als höchste Idee eigenständig sich über das positive Recht erhebt, gefährdet aber, soll er zur praktischen Verwendung nutzbar gemacht werden - wozu die Überalterung des gesetzten Rechtes vielfachen Anlaß bot - die positive Basis in erheblichem Maße.

2. Die Äquitas

Die Äquitas bildet bei Carpzov eine von Billigkeits g e - f ü h l e n völlig losgelöste eigenständige Grundform der Urteilsgründe. Wenn auch Jus - als Jus strictum zu verstehen⁶⁴⁾ - und Äquitas für Carpzov einen Gegensatz darstellen⁶⁵⁾, so ist doch unverkennbar sein Bestreben, die Äquitas wie das gesetzte Recht nicht der freien Meinung des Entscheidenden zu überlassen. Richtungweisend ist die Stelle Def. 1, 28, 157,3. Es geht um die Frage, ob die Kinder im Konkurs des Vaters den Unterhalt "ex bonis debitoris" verlangen können. Einige Doctores glaubten, das bejahen zu sollen, "vel saltem ex aeqvitate judicis officio, ne liberi fame perirent. Sed vereor, n e a e q v i t a s h a e c c e r e b r i n a p o t i u s s i t , q v a m u l l o j u r e f u n d a t a , c u m b o n a p a t r i s a d l i b e r o s n o n d e v e n i a n t a n t e q v a m d e b i t o r i b u s s a t i s f a c t u m f u e r i t"⁶⁶⁾. Es ergibt sich aus diesem Satz die bemer-

64) Def. 2,26,30,3 "Nec est, qv od r i g o r i j u r i s c o n t r a a e q v i t a t e m h a c i n r e a l i q u i d i n d u l t u m f u i s s e c o n c e d a m u s".

65) Wie sich aus ihrer Parallelstellung in den Def. 1,28,131, 4; 2,23,16,12; ergibt: "Opinio ... juri pariter et aeqvitati repugnet", ..."justitia et aeqvitati congruere videtur".

66) Das Wort "Cerebrinus" muß man dabei wohl mit "gefühlsmäßig" übersetzen; die an sich näherliegende Übersetzung mit "verstandesmäßig" paßt weniger gut, da man nicht wohl an-

kenswerte Auffassung, daß die Aeqvitas einer rechtlichen Grundlage bedürfe ("Aeqvitas ... jure fundata"), während man eher geneigt wäre, das Verhältnis umgekehrt anzusetzen. Dabei kann Carpzov schwerlich an das positive Recht als Grundlage gedacht haben, da ja Aeqvitas und positives Recht in gewisser Hinsicht Gegensätze sind, die in Zielrichtung auf die Aeqvitas⁶⁷⁾ miteinander in Einklang gebracht werden müssen⁶⁸⁾. Carpzov spricht sich aber nirgends darüber aus, was denn unter diesem "jus" sonst zu verstehen sei, auf das er die Aeqvitas bezieht. Man kann nur mittelbar aus anderen Stellen folgern⁶⁹⁾, daß die Aeqvitas einen Berührungspunkt mit dem positiven Recht hat, aber nicht als Ausgangs-, sondern nur als Anknüpfungs- und Zielpunkt, denn sie dient auch zur Ergänzung des positiven Rechts⁷⁰⁾. Darüber hinaus strebt sie aber zu einem Bilde des Richtigen, das von Carpzov häufig mit dem Begriff des "Natürlichen" in Verbindung gesetzt wird⁷¹⁾. Es scheint Carpzov der Gedanke eines natürlichen, selbstverständlichen und daher allen bekannten⁷²⁾

nehmen kann, Carpzov habe sagen wollen, eine verstandesmäßige Aeqvitas (was doch soviel heißt, wie vernünftiger Überlegung entsprungene) widerspreche dem Recht, da das Recht selbst "vernünftig" ist; sein Satz wäre sonst in sich widersprüchlich.

67) Def. 1,3,17,6 "(Aeqvitat) ratio in omnibus judiciis est adhibenda".

68) Def. 2,23,16,12.

69) Def. 2,22,5,6 und 8: den schuldlos in Armut gekommenen Schuldner in den Schuldturn zu werfen "Iniquissimum foret ... atque hanc fuisse statuentis mentem, verisimile est ex eo, quod jus statutarium ex naturali aeqvitate interpretationem admittat."

Def. 1,28,176,6 (judex) aeqvus autem videbitur, si praefert mulierem ratione dotis, quae favorabilis habetur".- Der letzte Satzteil bezieht sich dabei auf die Absicht des Gesetzgebers.

70) Def. 2,15,14,7 "aeqvitas qvippe hoc suggerit, etsi jure deficeremur."

71) Def. 2,22,5,8.. Quod jus statutarium ex naturaliaeqvitate interpretationem admittat; vgl. Anm. 69.

Def. 2,22,9,5... quae ex natura et aeqvitate negotii debentur.

Def. 1,8,3,3 "quia naturale debitum nititur aeqvitate, gleichlautend auch Resp. 2,101,5, wo auf D 2,14,1, pr Bezug genommen wird.

72) Def. 3,15,42,11f (Error) juris naturalis nocet. Def. 3,12,5, 4/5 (infantibus) absque controversia de jure naturae legitima debeat, quod jus immutabile est, nec quovis modo tolli potest.

Rechts vor aller positiven Ordnung vorzuschweben, aus dem das gesetzte Recht nur einen unvollkommenen Abdruck darstellt. Die Frage aber, wo dieses natürliche Recht anzusiedeln, wie es einzustufen und welches sein Wesen sei, bleibt unbeantwortet. Mehr als seine Unwandelbarkeit⁷³⁾ ist von ihm nicht ausgesagt⁷⁴⁾. Doch versucht Carpzov, mit Hilfe der Aequitas das positive Recht mit dem jus naturale in Einklang zu bringen. Die Aequitas rückt damit in eine merkwürdige Beleuchtung. Denn von einem obersten Prinzip der Gerechtigkeit mit eigener Werthhaftigkeit, das man anzutreffen erwarten würde, wird sie zum Verbindungsglied eines nebelhaften "natürlichen Rechts" mit der Positivität degradiert, also zu einem rein formalen Element, dazu bestimmt, die Kongruenz von jus naturale und jus positivum zu wahren. Die Aequitas ist damit für Carpzov nichts weiter als das Auslegungsprinzip seines "natürlichen Rechts" und steht folglich - auf anderer Ebene - in Parallele zur Funktion der "ratio legis" im positiven Recht.

Auf diese Weise verliert die Aequitas zwar einerseits an Bedeutung, andererseits aber wird sie kontrollierbar, sie ist nicht mehr abstraktes ungreifbares Ideal, sondern Form und Vermittlerin eines ganz bestimmten Inhalts, nämlich des "natürlichen Rechts", dessen Kenntnis Carpzov bei allen Menschen voraussetzt. Sie rückt damit in den Rahmen richterlicher Entscheidungsgrundlagen und steht zur normalen Auslegung etwa in demselben Verhältnis wie das Gewohnheitsrecht zum Gesetzesrecht. Dieses Bestreben, Vorstellungen, die sich der juristischen Faßbarkeit weithin entziehen, praktikabel zu machen, zeigte sich auch in der Gestaltung des Verhältnisses von römischem und sächsischem Recht. Hier hatte sich als ausgezeichnetes Hilfsmittel die fein ausgebildete Statutentheorie erwiesen, mit deren Hilfe Carpzov meist die concordantia discordantium gelang. Diese Theorie ist gerade aus dem Bedürfnis entstanden, nichts aus dem wohlgeschlossenen Kreis gesetzli-

73) Vgl. Anm. 72 Def. 3,12,5, 4f.

74) Auch als Rechtsquelle wird es (selten) herangezogen, z.B. in Def. 2,15,14,7, wo es mit Hilfe der Aequitas das positive Recht zu ergänzen bestimmt ist.- Vgl. Anm. 70.

chen Erfassens zu entlassen; der Widerspruch, der sich ergibt, wenn eine tatsächliche Rechtsübung sich nicht in das gemeinrechtliche System einfügen läßt, wird mit dieser dem gemeinrechtlichen Rechtsbegriff immanenten⁷⁵⁾ Begrenzung dialektisch aufgehoben. So weiß Carpzov die Entwicklung des Verhältnisses von deutschem und römischem Recht in der Rezeption, die auch ein stark gefühlsmäßig bestimmter Vorgang neben der geistigen Auseinandersetzung war⁷⁶⁾, stets auf eine Lehre der Statutentheorie zurückzuführen⁷⁷⁾. Man mag in dieser Haltung positivistische Züge erkennen, wenn man sich nur dessen bewußt bleibt, daß solche einer hochentwickelten Rechtsprechung stets und notwendigerweise eigen und nicht unbedingt negativ zu bewerten sind.

3. Der usus fori

Gerade die hochentwickelte Rechtsprechung bedurfte aber der Berufung auf die gesetzlichen Grundlagen, nachdem die persönliche Autorität des Urteilers die Entscheidung schon lange nicht mehr zu tragen vermochte⁷⁸⁾. In den Fällen, in denen die unmittelbare gesetzliche Fundierung fehlte, konnte nur noch der Rückgriff auf die Consuetudo helfen. Wie sehr man sich dessen als eines bedenklichen Schrittes bewußt war, zeigt die Schärfe der Voraussetzungen für die Annahme einer solchen⁷⁹⁾.

75) Diese Begrenzung ist dem Rechtsbegriff des ius commune von vornherein mitgegeben. Sie beruht allerdings nicht auf einer irgendwie gearteten Notwendigkeit logischer Art, sondern ist einfach ein Dogma der gemeinrechtlichen Jurisprudenz. Denn gleich der Theologie schuf sich diese eine Reihe von grundlegenden Sätzen, die als Fundament des Systems fungieren und deshalb allgemein anerkannt sein müssen, ohne daß sie etwa beweisfähig, geschweige denn Axiome wären.- Vgl. Wieacker PrRG S.33.

76) Zur Begründung sei darauf hingewiesen, daß jene Teile des Rechts, die am stärksten gefühlsmäßig im Volk verwurzelt sind, nämlich Familien- und Erbrecht, der Rezeption weitgehend entzogen waren. Wieacker PrRG S.121 - vgl. Schwerin-Thieme S.257f.

77) Es sei nur ein Beispiel genannt: Def. 2,22,5,8. Hier nimmt Carpzov - gänzlich unhistorisch - sogar zur Begründung einer Entscheidung Eikes von Repgow im Sachsenspiegel die Statutentheorie in Anspruch, obwohl dieser davon nichts wissen konnte.

78) Wieacker PrRG S.56f.

79) Def. 2,3,21f.

Eine Gewohnheit konnte ihrem Wesen nach nur durch die gerichtliche Praxis entstehen und bewahrt werden⁸⁰⁾. Es steht also der Gerichtsgebrauch, wenn er nur durch genügende Beweise glaubhaft gemacht ist, einer gesetzlichen Regelung gleich. Das ist für Carpzov in doppelter Weise von Bedeutung. Einmal konnte er sich unter Berufung auf den usus fori oder die Consuetudo einer eigenen Begründung ebenso enthalten, wie wenn er sich auf das Gesetz berufen hätte. Das gilt sowohl für die Ausfüllung einer Gesetzeslücke⁸¹⁾ wie für die Behauptung der Derogation⁸²⁾. So beruht die Geltung des ganzen sächsischen Rechts darauf, daß es noch praktisch angewendet wird⁸³⁾.

Nachhaltiger ist aber die zweite Wirkung. Sie betrifft Carpzovs eigenen Einfluß. Dieser muß um so größer sein, je mehr Carpzov sich auf Gerichtsentscheidungen - den usus fori - stützen kann. Und er beruft sich in den Spruchsammlungen für jede Stellungnahme auf eine Entscheidung. Deren Bedeutung mußte auf ihn abfärben.

Zweiter Abschnitt: Die Sprüche

I. Zahl und Verteilung

Den Abschluß⁸⁴⁾ jeder Einzelerörterung in den Spruchsammlungen bilden jeweils gerichtliche Entscheidungen: in den Definitionen ausnahmslos solche des Leipziger Schöppenstuhls, in den Responsen vor allem des Appellationsgerichtes. In den Decisionen sind Erkenntnissen dieser beiden Gerichte noch Entscheidungen

80) Ausdrücklich bestätigt im Spruch zu Def. 2,3,22: "... ihr könntet denn euerm Fürgeben nach wie recht erweisen und beybringen/ daß in euern Gerichten ein anders durch eine beständige Gewohnheit eingeführt..."

81) Def. 3,20,2,3f; 3,25,15,5; 3,36,1,8.

82) Def. 2,14,4,3; 2,14,48,3.

83) Don Ger 1,3f; 2,19; Def. 2,35,8,4f.

84) Die Sprüche stehen nicht ausnahmslos am Schluß der Einzelerörterung. Es gibt auch zahlreiche Fälle, in denen sie - besonders abgesetzt - in den Text eingeschoben werden. Def. 3,11,20; 3,4,15; für die Responsen versteht es sich von selbst.

des Oberhofgerichts in Leipzig zugesellt.

Im zivilrechtlichen Teil der Definitionen hat Carpzov rund 4500 Sprüche verarbeitet⁸⁵⁾. Sie stammen im wesentlichen aus einem Zeitraum von 60 Jahren (1575 - 1636), doch gehen die Entscheidungen auch weiter zurück. Wenn sich hier keine Druckfehler eingeschlichen haben, sind die ältesten verarbeiteten Sprüche in den Jahren 1509 und 1552 ergangen⁸⁶⁾. Ein solches Alter ist staunenswert, aber nicht unmöglich. Carpzov gibt im Vorwort zu den Definitionen an, er habe 1620 bei seinem Amtsantritt 400 Kopialbände vorgefunden, in denen die Schöppensprüche gesammelt worden waren⁸⁷⁾. Mit unendlichem Fleiß hat er diese Bände exzerpiert und die so entstandene Sammlung später ständig auf dem laufenden gehalten. Die meisten der von ihm angeführten Sprüche stammen erst aus der Zeit, da er schon selbst Mitglied des Schöppenstuhles war, also aus den Jahren nach 1620 (etwa 2/3).

In den Responsen sind 1544 z.T. zweitinstanzliche Urteile aufgenommen, die in den Jahren 1570 bis 1642 ergangen sind. Der Schwerpunkt liegt bei den Jahren 1620 bis 1642, besonders 1623/4 und 1638/9. Die Decisionen enthalten 517 Sprüche aus den Jahren 1592 bis 1651, die meisten stammen aus den Jahren 1643 bis 1649. In allen Spruchsammlungen liegen also überwiegend Erkenntnisse vor, die zu einer Zeit ergingen, als Carpzov Mitglied der Dikasterien war. Carpzovs persönliche Meinung zu den Entscheidungen bleibt freilich ungewiß. Daß er an den Sprüchen mitwirkte, steht außer Zweifel. Doch bleibt offen, ob die Lösung auch seiner Auffassung entsprach, oder ob er - überstimmt - nur die Meinung der Mehrheit der Gerichtsbeisitzer wiedergibt. Auch entzieht sich in der Regel der Beurteilung, wieweit Carpzovs persönliche Bedeutung Einfluß auf

85) Die Zahl ergibt sich, wenn man alle "Fälle" zählt. Gemeint ist damit, daß Urteile "in eadem causa" nicht als zwei, sondern als ein Urteil gezählt sind. Solche Trennungen eines Spruchs sind häufig; Def. 2,35, 2f; 5f; 12f; 18f.

86) Def. 2,12,11 (1509); 2,12,26 (1552).

87) Dazu im einzelnen Boehm ZStrRW Bd. 61 S.310.

den Inhalt des Spruches hatte. Es ist eine Ausnahme, daß er einmal einen Spruch des Appellationsgerichts anführt, in dem sich dieses der Auffassung des Leipziger Schöppenstuhles anschloß, nachdem es zuvor in ständiger Rechtsprechung anders entschieden hatte⁸⁸⁾. Das Erkenntnis datiert aus dem Jahr 1648, also einem Zeitpunkt, da Carpzov bereits Mitglied dieses Kollegiums war. Die Annahme erscheint berechtigt, daß hier Carpzovs Einfluß ausschlaggebend für die Änderung der Rechtsprechung gewesen sein könnte.

II. Die Bedeutung der Sprüche

1. Der äußere Eindruck

Da in den Disputationen Sprüche nur in geringem Maß und unregelmäßig eingefügt sind, können sie für diese Betrachtung beiseite bleiben. In den Spruchsammlungen dagegen wird jede im Leitsatz zusammengefaßte Entscheidung durch einen Spruch belegt. Aus dem Aufbau und der Darstellungsweise Carpzovs möchte es zunächst scheinen, als wären die Sprüche nichts weiter als eine besondere Form von Allegaten, nur Prunkstücke, deren Aufgabe mehr darin liegt, die umfassende Kenntnis des Verfassers von der Rechtsprechung der hohen Gerichte zu beweisen, als einen praktischen Zweck zu verfolgen.

Diese Verbindung von theoretischem Text und Urteil ist nicht neu. Auch bei Berlich finden sich häufig in den Text eingestreut im Wortlaut zitierte Urteile. Dabei handelt es sich aber nicht um eine regelmäßige und konsequent durchgeführte Verwendung, sondern es sollen nur dann und wann besondere Meinungen durch den Verweis auf ein bedeutendes Gericht gestützt werden. Der Spruch dient also allein dem Beweis einer schon bestehenden Rechtsgeltung.

Dieselbe Funktion hat der Spruch auch im Codex Anton Faber's, von dem Carpzov im Vorwort der Definitionen überhaupt seine ganze Methode übernommen zu haben behauptet. Doch bei Faber

88) Dec. 199.

fehlen die Urteilstexte. Wenn auch die Definition jeweils mit der Angabe einer Entscheidung des savoyardischen Gerichts schließt, dessen Präsident Faber war, so wird doch nur das Rubrum der Entscheidung angegeben, nicht aber der Tenor. Noch ein weiterer Unterschied besteht zu Faber. Dieser beginnt in der Regel mit der Erzählung eines Falles, der in die Form juristischer Schulfälle gegossen, ganz auf ein bestimmtes Problem zugeschnitten ist. Dies wird noch dadurch hervorgehoben, daß Faber seinen Personen die aus dem corpus juris bekannten Decknamen Titius, Sempronius usw. gibt. Bei Carpzov wird in dem Text der Definition fast nie ein Fall skizziert. Die Ausführungen sind stets theoretisch, wenn auch genau auf ein Problem zugeschnitten, nämlich auf das Problem des im Anhang folgenden Spruchs. Nur selten wird diese Verbindung erkennbar, wenn Carpzov bei der Behandlung einer Rechtsfrage in einer Definition unmittelbar von der Entscheidung ausgeht, sie der Definition zugrundelegt und diese darum herum aufbaut⁸⁹⁾. Es handelt sich dabei vielleicht um Fälle, in denen das behandelte Problem bei diesem Prozeß zum ersten Male auftauchte: ihre Fragestellung ist dementsprechend speziell. Diese Verknüpfung kann man aber nur als Ausnahme feststellen; regelmäßig sind Spruch und Definition zwar durch den gemeinsamen Bezug sachlich verbunden, aber die Behandlung des Problems geht nicht auf den Spruch zurück, das Problem "war schon vor dem Spruch da." Die Entscheidungen werden - wenn überhaupt der Text ganz abgedruckt ist⁹⁰⁾ - ohne Kommentar wiedergegeben. Eine Beurteilung oder Besprechung der Entscheidung in dem vorangehenden

89) Beispiele Def. 2,9,3; 2,8,3; 2,12,31. Diese Definitionen unterscheiden sich in einem bezeichnenden Punkt von anderen: eingangs ist ein Sachverhalt erzählt. Das ist ganz ungewöhnlich. Meist wird die "Frage" abstrakt gestellt, losgelöst von einem bestimmten Sachverhalt, während sie hier gerade aus dem Sachverhalt heraus entwickelt wird.

90) In aller Regel sind mehrere Sprüche angegeben. Es wird dabei aus verständlichen Gründen auf die Wiedergabe des Textes aller verzichtet; Carpzov begnügt sich in solchen Fällen mit dem Hinweis: "et ita in causa .." z.B. Def. 3,11,8; 2,32,8.

Zitiert wird in deutscher Sprache, Gutachten auch einmal lateinisch Def. 3,18,5.

Text findet nicht statt; vielmehr dient der Spruch dazu, den dort dargestellten - theoretischen - Gedankengang mit seinem Ergebnis in der praktischen Wirklichkeit zu exemplifizieren. Das ist verständlich aus Carpzovs Bemühen, das Recht aus und in den Tagesbedürfnissen der richterlichen Tätigkeit darzustellen. Mit dieser Absicht wäre eine Kritik eben der Entscheidung nicht gut zu vereinbaren gewesen. Scheinbar sind Spruch und Erörterung also bestenfalls durch das gemeinsame Problem verbunden, ist der Fall der Erörterung beigegeben. Doch trägt der Schein. Das ist deshalb anzunehmen, weil Carpzov aus der Gerichtspraxis heraus schreiben will⁹¹⁾. Die Vermutung wird bestärkt durch einen Vergleich mit den Responsen; dort wird die Frage aus dem erstinstanzlichen Urteil und die Antwort aus der zweitinstanzlichen Entscheidung gewonnen. Hier kann kein Zweifel sein, daß das zweite Urteil Ausgangspunkt der ganzen Entscheidung war. In den Decisionen kommt dies wegen des anders gearteten Schemas nicht so deutlich zum Ausdruck, doch läßt es sich aus dem Verhältnis des Leitsatzes zum Spruch erkennen. Der Leitsatz hat die Prägnanz der Definitionen verloren. Denn er ist die zusammengefaßte Entscheidung des zum Teil recht komplizierten Falles am Schluß der Decision. Könnte bei den Definitionen noch der Eindruck entstehen, als ob die einzelne Definition unabhängig vom Spruch als Problem für Carpzov vorhanden gewesen sei, also gleichsam v o r der Entscheidung im Spruch, so ist eine derartige Annahme für die Responsen (mit Einschränkungen) und Decisionen ausgeschlossen. Dort ist das Problem erst am Fall erkannt und gelöst worden.

Es scheint der Schluß gerechtfertigt, daß es bei den Definitionen ebenso gewesen sei. Nicht der Text der Erörterung, das Problem, war zuerst da, sondern der Text ist um den Fall herum geschrieben. Nur diese Annahme läßt es auch einleuchtend erscheinen, wie Carpzov die Definitionen-Sammlung aufbaute. Er stand vor einer Vielzahl von Einzelfällen, die es zu ordnen galt. Dafür drängte sich das System der Anordnung geradezu auf. So auch bekommt der "Leitsatz" seine richtige Stellung. Er ist

91) Praefatio zu den Def.

in der Tat dem Leitsatz einer modernen obergerichtlichen Entscheidung gleichzuachten. Das kennzeichnet zugleich den Grad seiner Abstraktion.

2. Die Bedeutung der Sprüche

Aus dieser Arbeitsweise Carpzovs ergibt sich:

a) Keine der in den Leitsätzen getroffenen Entscheidungen beruht allein auf Carpzovs freier Meinung. Sie geben alle die Auffassung eines angesehenen Gerichts wieder. Es ist nicht auszuschließen, daß Carpzov selbst bei der Entscheidung mitgewirkt hat - die größte Zahl der Sprüche stammt aus seiner Amtszeit. Auch ist es möglich, daß er sich bei der "Urteilsberatung" tatkräftig für die spätere Entscheidung eingesetzt hat. Indessen wurden die einkommenden Fälle allen Beisitzern anteilmäßig zugeteilt. Die andern mußten zwar ihr Votum abgeben, die entscheidende Arbeit dürfte aber in der Regel allein beim "Berichterstatte" gelegen haben⁹²⁾. So kann man davon ausgehen, daß nur ein Teil der Sprüche Carpzovs wahrhaft eigene Entscheidungen sind. Der größere Teil dürfte von ihm vermutlich einfach übernommen sein.

b) Für diesen Teil hat man sein Verdienst darin zu sehen, daß er die juristischen Begründungen ergänzte. "Was die Schöppen an Gründen anzugeben pflegten, waren nur die Tatbestände, die ihr Urteil verursacht hatten"⁹³⁾. Die Gründe darf man füglich für Carpzovs eigenes Werk ansehen. Da er nicht alle Gründe kennen konnte, besonders nicht jene der älteren, vor seinem Eintritt gefällten Entscheidungen, war er dazu gezwungen, den Entscheidungen Gründe "unterzuschieben". Da konnten sich manchmal Schwierigkeiten ergeben, weil die Judikatur gegen ihren Willen nicht konsequent gewesen war oder aber weil - und das dürfte seltener der Fall gewesen sein - Carpzov eine den Präjudizien konforme Begründung nicht fand.

92) Vgl. Boehm ZStrRW Bd.60, S.207ff; v.Weber S.34.- Eine auffallende Ausnahme in Resp. 6,49,10; wo Carpzov ausdrücklich seine vom Spruch des Kollegiums abweichende Meinung hervorhebt: "me tamen dissentiente".

93) Boehm ZStrRW 59,407f; auch Gudian S. 54,58,125.

Gerade hier muß sich ausgewirkt haben, daß das Verhältnis von deutschem und römischem Recht sich in den letzten Generationen ständig zu Gunsten des Corpus juris verschoben hatte. So läßt sich auch die Stelle erklären, in welcher Carpzov gegen das angeführte Urteil entscheidet, ohne das aber hervorzuheben⁹⁴⁾. Hier war seine Auffassung mit dem Urteil nicht zu vereinbaren, eine auffallende Ausnahme. In der Regel bemüht er sich, die vorgegebene Entscheidung zu rechtfertigen, auch wenn es nur unter Schwierigkeiten möglich ist⁹⁵⁾. Denn das Ansehen der zitierten Gerichte stand und fiel mit dem Wert ihrer Urteile⁹⁶⁾. Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung mußte gewahrt bleiben. Es galt daher, um jeden Preis Gründe für die Entscheidung zu finden.

c) Hier kam Carpzov die Auffassung vom usus fori zu Gute. Eine länger dauernde Übung mochte ruhig dem Gesetz zuwiderlaufen, - als Consuetudo derogierte sie ihm. Carpzov zögert nicht, sich bei Streitfragen auf diese Position zurückzuziehen⁹⁷⁾. Dabei fällt auf, daß er sich nie auf die von ihm herangezogenen Urteile beruft. Seine Nachweise für den Gerichtsgebrauch sind vielmehr andere Autoren⁹⁸⁾ oder eigenes Erinnern⁹⁹⁾. Es hätte eigentlich näher gelegen, den angeführten Spruch als Beweis für den usus fori zu verwerten. Carpzov dürfte das deshalb unterlassen haben, weil er die Ausführung des Textes als Begründung des Spruches betrachtete und diesen nicht als Beweis für sich selbst gebrauchen konnte. Das wäre ein weiterer Anhaltspunkt dafür, daß Carpzov vom Spruch ausging. Wenn Carpzov aber auch selbst die Urteile nicht als Beweis für den usus fori ansah, so wurde er doch später anders verstanden¹⁰⁰⁾. Für Schilter und Thomasius gilt Carpzov gerade darum als Autorität der

94) Def. 3,25,11,7 nebst Spruch vgl. Kap.3 zu Anm.111ff.

95) S. Kap. 3, 1. Abschnitt A II 3 zu Anm. 165ff, 160 u.a.m. Siehe auch Def. 3,3,15 - Carpzovs Auffassung läßt sich schwerlich aus der zitierten Decretalen-Stelle herleiten.

96) Vgl. Gudian für Leipzig. Seine Feststellungen sind allerdings auf frühere Zeiten bezogen. S.54,127.

97) Def. 3,23,31,8; 1,30,25,4; 3,24,10,9; 2,14,12,3; 2,14,34,2 u.v.a.m.

98) Def. 3,36,1,8; 3,20,2,3f.

99) Def. 2,14,34,2; 2,14,12,3.

100) Kap. 4, Erster Abschnitt.

alten Schule, weil er sich in seinen Werken auf den Gerichtsgebrauch berufen konnte. Daß man ihn so verstand, entsprach wohl nicht Carpzovs eignen Vorstellungen von dem Zweck der Sprüche, ist aber verständlich, wenn man berücksichtigt, daß er sogar ganz unbezweifelbare Fragen mit einem Spruch bedenkt¹⁰¹⁾.

d) Noch ein anderer Gesichtspunkt mag mitspielen. Es zeigen sich bei Carpzov an zahlreichen Stellen Entscheidungen, die im Ergebnis dem sächsischen Recht entsprechen. Das sächsische Recht hat aber nur Geltung als Consuetudo, also kraft der observantia fori. Der Spruch fungiert mithin als Bestätigung der Geltung des sächsischen Rechts. Er bestimmt zwar die Entwicklung des Gewohnheitsrechtes. Da dieses aus dem Gerichtsgebrauch entsteht, ist jedes Urteil eine potentielle Rechtsquelle. Das Urteil ist aber einerseits nicht Begründung, andererseits auch nicht nur Beweis einer Rechtsgeltung, sondern deren ständige Bestätigung und Aufrechterhaltung. Es dient nicht dem Beweis, daß das Recht bereits so war (so etwa die Urteilsverwendung in Berluchs Conclusiones und Fabers Codex) oder der Entwicklung, daß das Recht so sein soll, sondern es bezeugt, daß das Recht so ist. Das Recht lebt und gilt nur im Urteil und durch das Urteil, nicht vor oder nach ihm. Insofern ist Carpzovs Auffassung empiristisch.

Diese Deutung wird bestätigt durch die Rolle, die dem Gerichtsgebrauch im Verhältnis zum Urteil und zum derogierenden Gewohnheitsrecht zukommt. Wenn Carpzov auch dem Gerichtsgebrauch große Bedeutung zumißt, so kann doch ein Gericht nicht durch einmaliges Urteil rechtsschöpferisch tätig werden. Daher ist Carpzov stets bemüht, ein solches Urteil als folgerichtige Fortentwicklung des Rechts aus der überlieferten Lehre aufzu-

101) Im Vorwort zu den Definitionen sagt er, daß er auch Fragen behandeln wolle, denen die Doktoren sonst nicht ihre Aufmerksamkeit zuwendeten.- Das Anfügen eines Spruches ergab dann aus Carpzovs Arbeitsweise, die vom Spruch ausging.

zeigen. Das Urteil gilt ihm nicht als Ausgangspunkt eines neuen Rechtsgedankens, sondern als konsequentes Endergebnis der traditionellen Dogmatik¹⁰²⁾, das dann vielleicht wie ein neuer Rechtssatz wirken mag. Es ist also nicht Grund, sondern nur Anlaß der Formulierung des Leitsatzes.-

Dritter Abschnitt: Die Allegate

I. Art der Allegate

1. Zahl und Verteilung

Neben den Gesetzeszitaten und Sprüchen stehen als dritter Bestandteil des wissenschaftlichen Apparates die Allegate juristischer Literatur.

In den Definitionen sind 360 Schriftsteller mit 590 Werken zitiert. Darunter sind 12 Sammelwerke ohne Angabe eines Verfassers und die Bibel. In den anderen Spruchsammlungen und in den Disputationen tauchen neue Namen auf¹⁰³⁾. Doch bleiben

102) In zahlreichen Responsen.

103) Die genaue Untersuchung der Allegate beschränkt sich auf die zivilrechtlichen Teile der Definitionen. Daß die anderen Werke nicht in gleicher Weise durchgeprüft wurden, rechtfertigt sich aus dem Sinn der Untersuchung. Es ging nicht darum, alle Autoren, die Carpzov irgendwo einmal allegiert, zusammenzustellen. Daher konnte auch darauf verzichtet werden, das Ergebnis der Untersuchung für alle Autoren - etwa anhangsweise - mitzuteilen. Eine solche Darstellung müßte sich auf alle Werke Carpzovs erstrecken. Um die Methode Carpzovs zu durchleuchten, genügte es aber, eines der Werke auf die Allegate zu untersuchen; dafür boten sich vorzüglich die Definitionen als umfangreichstes und wichtigstes Werk an. Die Art der Allegierung, die Verwendung "fremder Federn", die Bedeutung der einzelnen Autoren sind durch die Definitionen genügend gekennzeichnet. Zwar sind in den späteren Werken neue Namen hinzugekommen, doch haben sie keine so überzeugende Wirkung erlangt, daß ihre besondere Behandlung sich als erforderlich erwiesen hätte.

103) (Forts.)

Z.B. in den Responsen:

Arismin Tepatus	Resp. 1,1,3
Andr. Cluten	" 1,1,22
Joseph a Sesse	" 1,2,2
Joh. Mohedan	" 1,3,12
Ant. Ciofius	" 1,3,12
Petr. de Ravenna	" 1,6,10

Z.B. in den Decisionen:

Russard	Dec. 62,3
M. Freccia	" 65,10
Cranius	" 83,3
Quetta	" 87,7
Wames	" 93,8
Voltz	" 95,6
W. Kyllinger	" 109,3

Z.B. in den Disputationen:

H. Stamm	As. Deb.pos. 1, num 10
Tabor	" " " 15, " 203
Kornmann	Jur Foem " 1, " 11
L. Hackelmann	Contr. Mutui pos.2, num 7.

Zur Technik der Untersuchung sei hervorgehoben:

Alle Werke, soweit sie zivilrechtlicher Natur sind, sind auf die Allegate überprüft; wegen der o.a. Gründe sind die Allegate aber nur bei den Defin. einzeln ausgezählt und nachgeprüft. Mit Ausnahme von 16 auch im innerdeutschen Leihverkehr nicht erhältlichen Bänden (sie sind nach der Allegatenzahl ohne wesentliche Bedeutung) sind alle Werke, die in Teil 1-3 der Definitionen mehr als fünfmal sich allegiert finden, auf Übereinstimmungen mit Carpzov überprüft worden. Die Prüfung wurde so lange fortgesetzt, bis sich ein klares Bild über die Stellung des Autors bei Carpzov gewinnen ließ. Die Grenze von 5 Allegaten ist nicht ganz willkürlich. Zugrunde liegt die aus Stichproben gewonnene Überzeugung, daß Werke mit weniger als 5 Allegaten von Carpzov i.d.R. nicht übernommen sind, da sie ihm vermutlich nicht bekannt waren. Er dürfte die Allegate von dritten Autoren abgeschrieben haben. Außerdem war bei der Fülle der Allegate ein Werk, das Carpzov so selten heranzog, ersichtlich ohne Bedeutung für ihn gewesen, - selbst wenn er es gekannt hätte.

Benutzt sind vielfach Auflagen, die erst nach den Definitionen erschienen sind. Bei der Schwierigkeit, alle Bände zu beschaffen, mußte jede Ausgabe recht sein, die greifbar war. Doch dürften sich daraus keine Nachteile ergeben haben. Nur sehr selten waren Carpzovs Allegate nicht verwendbar.-

Die im Text nachfolgend genannten Zahlen beziehen sich also stets nur auf die Definitionen. Sie geben dennoch

diese hier erstmals allegierten Autoren in der Regel¹⁰⁴⁾ ohne größere Bedeutung: sie sind meist nur ein- bis zweimal allegiert und gewinnen so keinen gestaltenden Einfluß auf Carpzov. An Hand eines Vergleichs der von ihm in allen zivilrechtlichen Werken regelmäßig und ausführlich benutzten Autoren läßt sich so ein Kernbestand wichtiger Literatur herauskristallisieren. Selbst wenn es nicht durch Übernahmen nachweisbar ist, kann man vermuten, daß Carpzov diese Autoren aus eigener Lektüre kannte. Dies wird dadurch bestätigt, daß es sich meist um Werke handelt, die Carpzovs Einstellung bezüglich seiner eigenen Veröffentlichungen entgegenkommen: deutsche vorwiegend dem sächsischen Rechtskreis entstammende Werke, ausländische besonders der Praxis verpflichtete Sammlungen und schließlich die großen Kommentatoren und Kanonisten.

Es kommen andere hinzu, die diesen Rahmen sprengen und die erst die ganze Fülle der Allegate entstehen lassen. Doch legt Carpzov gemessen an Zeitgenossen eine rühmenswürdige Bescheidenheit an den Tag. Die etwa bei Berlich oder Tiraquellus und fast allen anderen zeitgenössischen Autoren dem Leser entgegenschlagende Fülle ist vermieden. In den Responsen und Decisionen ist diese Tendenz etwas zurückgetreten; zwar erreichen die Allegate auch dort noch nicht die Mengen eines Schultes (Observationes) oder Köppen (Quaestiones), sind aber gegenüber den Definitionen vermehrt. In den Decisionen ist die Zahl gegenüber den Responsen etwas beschnitten. Gleiches gilt für die Disputationen.

103) (Forts.) ein getreues Bild. Denn das Verhältnis der Allegatstellen ist überall in etwa dasselbe. Eine Ausnahme gilt für die Disputationen, da hier Spezialmaterien mit Spezialliteratur abgehandelt sind. Das beeinträchtigt das Gesamtbild aber nicht. Strafrechtliche, lehensrechtliche und öffentlichrechtliche (hier fällt besonders Reinking auf) Werke sind grundsätzlich nicht berücksichtigt. Eine Trennung von Zivilprozeß- und materiellem Recht erwies sich als undurchführbar, da Carpzov beides vermengt. Es war auch nicht zu vermeiden, hier und da strafrechtliche Zitate aufzunehmen, soweit sie nämlich in den zivilrechtlichen Teilen abgehandelt sind (z.B. bei den Fragen des Beweisrechts): außerdem erschien dies um der Einheitlichkeit willen geboten.

104) Z.B. Tepatus, Tabor vgl. Anm.103.

Für die ersten drei Teile der Definitionen ergibt sich die Summe von rund 16500 Allegaten (mit Wiederholungen¹⁰⁵⁾ wohl über 20 000) oder in anderen Verhältnissen: für die Einzeldefinition von 5 bis 6 (7 bis 8) Allegaten. Die Responsen enthalten 30 000 bis 35 000 Allegate (geschätzt; 20 bis 25 je Seite), die Decisionen etwa 15 000 (geschätzt; 15 bis 20 je Seite). Gerade bei den Zahlen für eine einzelne Seite wird deutlich, daß Carpzov eine Ausnahme bildet: ein Blick auf eine Seite etwa in Berlichs *Conclusiones practicabiles* läßt das offenbar werden.- Für die Genauigkeit und Zuverlässigkeit der Allegate gilt dasselbe wie für die Zitate: sie sind oft aus anderen Werken übernommen und Wiederholungen tauchen in noch größerer Zahl auf als bei den Zitaten¹⁰⁶⁾. - Carpzov hat keine Hemmungen, auch ihm unbekannte Werke in seinen Allegatenschatz aufzunehmen^{106a)}. Doch bedeutet der Nachweis einer Übernahme des Allegates aus einem anderen Schriftsteller noch keineswegs, daß Carpzov den übernommenen nicht gekannt habe; denn auch ihm nachweisbar bekannte Werke hat er nicht selten nach Dritten allegiert¹⁰⁷⁾. Das zeigt sich, wenn die angeführten Stellen falsch sind.

Ganz abgesehen von der Kenntnis, die Carpzov von ihnen hatte, ist ihre ländermäßige und zeitliche Verteilung interessant, da man als Regel wohl unterstellen darf, daß Carpzov wenigstens den Namen kannte und ungefähr wußte, wen er mit dem Allegat in sein Werk aufnahm.

105) Bei der Zählung wurden solche Allegate nicht berücksichtigt, die in einer Wiederholung eines in d e r s e l b e n D e f i n i t i o n bereits genannten Allegats bestehen, wie sie häufig vorkommen. Etwa "H. Pistor(is) d.loc (=dicto loco)".- Die im Text anschließend jeweils in Klammern angeführten (geschätzten) Zahlen gelten unter Einbeziehung dieser Wiederholungen.

106) Es sei nur auf eine Stelle hingewiesen, die in den Definitionen nicht weniger als 10 mal fast stets im selben Wortlaut vorkommt, verbunden mit einem Allegat nach Tiraquellus - das an allen Stellen gleichermaßen falsch ist - und Schultes. Für alle von den vielen: Def. 1,18, 15,11; 1,21,4,2; 1,24,3,6; usf. "jus statutarium strictest est interpretandum." Diesem Beispiel ließen sich weitere anfügen.- 106a) Vgl.Anm. 114 zu H.Göden.

107) Nur ein Beispiel: Def. 1,29,4,8 zitiert Carpzov Coler exec. 1,3,189. Das Allegat ist sinnlos und stammt aus Berlich 1,74,157. Auch dieses Beispiel ließe sich vielfach vermehren.

Es sind alle Länder des westlichen Europa vertreten. An der Spitze steht Deutschland. Daß ihm 47% der in den Definitionen genannten Schriftsteller zugehören - davon ein Drittel (16%) dem sächsischen Rechtskreis - läßt sich leicht aus der Volks- und Stammeszugehörigkeit Carpzovs und sicher in gleichem Maße aus der Statutentheorie erklären, die eine solche Verteilung erzwang. An dritter Stelle nach Italien (30%) folgt Frankreich (mit Savoyen) mit 13%, dann Spanien (und Portugal) mit 6% und schließlich die Niederlande mit rund 4%. Bei einer Einteilung nach der Lebenszeit der Allegierten ergibt sich etwa folgendes Bild: auf Zeitgenossen entfallen 20%, auf das 16. Jahrhundert 64%, auf das 15. Jahrhundert nur noch 10% und auf noch frühere 6% der Allegate. Ihre Bedeutung für Carpzov hat damit nichts zu tun; so etwa sind Bartolus und Baldus, die zu den ältesten gehören, für Carpzov sehr wichtige Schriftsteller. Eine Einteilung der Werke nach ihrer Eigenart zeigt, daß alle Spielarten vorhanden sind: Kommentare, Paratitla, Sammlungen von Consilien und Observationen (Quästionen, Decisionen), Tractate und monographische Einzeldarstellungen gewisser Gesetzesstellen, schließlich auch Werke mit den ersten systematischen Versuchen (Vultejus, Donellus).

2. Die Bedeutung der Autoren

Nicht nur Juristen sind zitiert. Die Bibel steht der juristischen Fachliteratur insofern am nächsten, als sie meist wie eine Rechtsquelle behandelt wird¹⁰⁸⁾, doch finden sich auch Zitate mehr moraltheologischer Art¹⁰⁹⁾. Selten sind Theologen herangezogen: Luther, Christian und Martin Chemnitius, Gerhard, Aegidius Hunnius; ganz vereinzelt Philosophen: Erasmus mit den "Apophthegmata" - als einziger der Neueren -; von den Alten mit verschiedenen Werken Aristoteles, Cicero und Cassiodor. Daneben stehen Historiker (Anton de Guevara, der Hofhistoriograph Carls V¹¹⁰⁾; Guicciardini) und der

108) Def. 3,4,33,9; 3,38,1,11. 109) Def. 1,16,57,1; 2,10,39,2.

110) Jöcher "Guevara".- Die Angaben über Herkunft und Lebenszeit aller Autoren sind aus Jöcher genommen. (Für kleinere Autoren manchmal kein Nachweis).

Dichter Anton Maria Spelta (dieser aber von Ventura de Valentis übernommen), dem man noch Plinius zugesellen kann (dieser von Faber übernommen) und andere. Die Allegate dieser Verfasser¹¹¹⁾ dienen nur dem zeitüblichen Schmuck. Ihr Einfluß auf Carpzovs Werk ist - angesichts der seltenen Allegate - geringfügig.

Für die Bedeutung eines Autors bei Carpzov bieten sich zwei Maßstäbe: einmal formal die Anzahl der Allegate aus einem Schriftsteller, zum anderen die Art der Benutzung, oder, deutlicher ausgedrückt: ob Carpzov ihn abschrieb. Schon die erste formale Beurteilung läßt das unübersichtliche Bild klarer werden. Von den rund 590 Werken sind etwa 400 weniger als 20mal zitiert. Es hat sich gezeigt, daß diese Ziffer 20 eine gewisse Grenze bildet; die Schriftsteller, deren Allegatenzahl nicht höher liegt, sind in der Regel auch nicht wörtlich in Auszügen übernommen. Zwingend ist dieser Schluß nicht überall¹¹²⁾, aber er hat eine große Wahrscheinlichkeit für sich. Der Nachweis der Unkenntnis ist regelmäßig ausgeschlossen¹¹³⁾, da nur Übernahmen (und damit die Kenntnis) Carpzovs festgestellt werden können. Neben der relativ kleinen Zahl der großen Namen steht das Fußvolk derer, die nur dazu dienen, die Zeilen der Allegatstellen zu füllen. Gut die Hälfte aller zitierten Schriftsteller wird nur 1 bis 2mal genannt. Sie können ebenso wie die anderen der "Mittelgruppe", bei denen vielfach eine Kenntnis Carpzovs vorliegen mag, hier nicht im einzelnen behandelt werden. Bei der Verwendung der Werke zeigt sich eine für Carpzov bezeichnende Verteilung. Das Gewicht liegt auf jenen Werken, die der Praxis dienen. Das gilt zunächst von den Sammlungen gerichtlicher Entscheidungen und praktischer Einzelfragen¹¹⁴⁾. Diesen stellt Carpzov

111) Die Allegatstellen in der Reihenfolge des Textes: Def. 1,16,70,5; 1,1,9,6; 2,30,1,5; 2,30,1,5; 2,30,1,5; 1,2,15,2; 1,1,10,10 - 1,16,56,2 - 2,10,29,6; 2,6,14,8-2,12,14,5 -; 2,39,2,5; 1,1,1,2; 1,1,15,2; 1,1,12,2; 1,27,12,1. Dec. 25,22; 52,1; 82,8; 82,17.

112) Ausnahmen: Duarenus und Molinaeus mit seinem Werk "De usuris"-.

113) Eine Ausnahme wohl bei Henning Gödens Consilien; vgl. Anm. 114.

114) Der Codex Fabrianus steht hier an der Spitze. Daneben sind genannt:

114) (Forts.)

- Matth. de Afflictis "Decisiones Neapoitanae" 20 All.,
1,9,13,1.
Nic. Boerius "Decisiones Burdegaleses" - 120 All.,
Übern. 2,18,1,1.
Oct. Cephalus Consilia - 10 Alleg., vielleicht von andern
übernommen. 1,32,22,8.
Jul. Clarus "Liber sententiarum" über 100 All., wenig
Übern. 2,12,21,4.
Matth. Colerus "Decisiones Germaniae", fast 600 All.,
Übern. 1,19,9,3.
Matth. Coleris "Consilia" 35 All.; 2,29,6,5.
Andr. Fachinaeus "Controversiae", 50 All, Übers. 1,22,4,4.
Ant. Gabriel "Communes Conclusiones" 15 All, 1,16,52,4.
Andr. Gail "Observationes" über 500 All, rel. selten
Übern. 1,17,34,4.
Henning Göden "Consilia" 1,7,1,6; 2,1,1,11.
Bei diesem Werk kann man ziemlich sicher annehmen, daß
Carpzov es nicht kannte, obwohl es 50mal allegiert ist.
Nicht nur daß sich keine Übernahmen zeigen und zahlreiche
nicht passende Stellen vorhanden sind, veranlaßt zu die-
ser Annahme, sondern der Umstand, daß Carpzov falsch ab-
schreibt. Die Consilien werden einmal durchlaufend in der
Reihenfolge gezählt, dann aber auch daneben noch nach dem
Sachgebiet, das sie behandeln. Die beiden Zählweisen sind
voneinander unabhängig. Coler de proc. execut., von dem
die Allegate meist stammen, hat diese noch richtig, in der
doppelten Zählung des Buches (er nennt idR die Zählung
nach Sachgebieten) notiert. Carpzov aber läßt den das Sach-
gebiet bestimmenden Zusatz oft weg und nennt allein die
Zahlen: er gerät damit in die andere Zählweise, ohne aber
nun noch richtige Zahlen zu haben. Die Angaben passen da-
her meist nicht zum Text und werden erst durch Colers
"Übersetzung" verständlich. Aus diesem häufigen Fehler ist
zu schließen, daß Carpzov nie in die Consiliensammlung
hineingesehen hatte, sonst hätte er einem Colerschen Zitat
nicht die Hälfte genommen.
Heige "Quaestiones" - vielleicht das beliebteste Werk aus
den Sammlungen von Einzelabhandlungen bei Carpzov, 235 All,
viele Übernahmen. 1,20,11,7.
Joh. Köppen "Quaestiones" über 150 All, wenig Übers 1,
28,11,4.
D. Moller "Semestrium libri 5", 290 All, zahlr. Übers.
3,2,1,3.
Joach. Mynsinger "Observationes", 133 Alleg 2,1,1,6.
Hartm. Pistoris "Observationes" über 250 All, Übers.
Hartm. Pistoris "Quaestiones", fast 700 All - vgl. unten.
Modest. Pistoris "Quaestiones", 200 All, zahlr. Übers.
3,14,20,5.
Modest. Pistoris "Consilia" über 60 All, wenig Übers. 3,
11,14,4.
Andr. Rauchbar "Quaestiones" rd. 500 All, häufig Übers.
1,20,12,4.
Fachs- Reinhard Differentiae juris Civilis et Saxonici
rd. 80 All, Anklänge, 2,3,21,1.

Traktate zu bestimmten Einzelmaterien zur Seite. Ihre Zahl ist noch größer, doch die Verwendung im einzelnen geringfügiger. Nur wenige sind häufig herangezogen¹¹⁵⁾. - In beiden Gruppen überwiegen die Werke deutscher Autoren. Das gilt auch von der Verwendung von Kommentaren. Zwar sind hier die großen älteren gemeinrechtlichen und kanonistischen Autoren gegenüber den deutschen zahlenmäßig in der Überzahl¹¹⁶⁾. Doch sind sie

- 114) (Forts.) Petr. Surdus "Decisiones Mantuanæ" 5 Alleg, 1, 16, 11, 21;
ders. "Consilia" 10 Alleg 3, 18, 26, 4
Ant. Thessaurus "Decisiones Pedemontanæ" 60 All., 1
Übern. - sonst aus Berlich 3, 8, 10, 1.
J. Thoming, "Decis." 82 All, Übers. 3, 4, 17, 2.
Matth. Wesenbeck "Consilia" fast 200 All, wenig Übers,
3, 12, 18, 7.
- 115) Beust "De Jure Connubiorum" 25 All, wenig Übers, 2, 15, 25, 4.
Colerus "De processibus executivis" fast 550 All,
Übern. 1, 4, 8, 1.
Farinacius "Tractatus de testibus" über 50 All,
Übern. 1, 16, 30, 1.
Val. Francus "Tractatus de fidejussoribus" rd 40 All,
Übern. 1, 3, 17, 11.
A. Goldbeck(en) "De Gerada" 120 All, zahlr Ankl 2, 14, 3, 5.
A. Hering "Tract. de fidejussoribus" über 70 All,
Übern. 2, 1, 8, 7.
Franc. Mantica "De conjecturis ultimarum voluntatum"
60 All. Übers. 3, 3, 40, 3.
Joh. Mascardus "Conclus. probationum omnium" 80 All,
Übern. 1, 16, 22, 3.
Jac. Menochius "De arbitrio judicis" 90 All, Übers,
2, 11, 8, 2.
Ders., "De praesumptionibus" rd 100 All, Übers. 229, 13, 8.
Negusantius "De pignoribus" 60 All, Übers unsicher,
1, 28, 51, 2.
Tiraquellus "De nobilitate" "De Jure primogeniorum"
"De legibus connubialibus" "De utroque retractu" u.a.
insges. 133 All, Übers. 2, 6, 4, 10; 2, 46, 29, 7; 2, 13, 9, 7;
2, 5, 7, 5;
Ventura de Valentis "Parthenium litigiosum" 70 All
Übern. 1, 26, 12, 3.
Zanger "De exceptione partium" über 200 All, vielf.
Übern. 1, 2, 21, 2f.
- 116) Accursius 30 All 1, 12, 42, 8 - geringe Übersnahmen
Baldus mit allen Werken 350 All 1, 1, 2, 4.
Bartolus mit allen Werken, über 650 All 1, 17, 12, 3.
Felinus Sandeus, Decretalen-Kommentar über 170 All 1,
16, 8, 3.
Jason de Mayno über 400 All 3, 1, 30, 5.
Panormitanus 45 All 1, 16, 28, 6 (auch als "Abbas" alle-
giert).
Paulus de Castro 50 All, Digestenkommentar 1, 10, 3, 5
Salicetus, Codex-Kommentar 170 All, 1, 7, 25, 4.

alle so gut wie gar nicht im Wortlaut übernommen, es finden sich allenfalls entfernte Anklänge. Daß Carpzov sie kannte, dürfte sicher sein. Es ist nicht wahrscheinlich, daß etwa die 700 Allegate des Bartolus bei anderen Autoren abgeschrieben seien. Diese Autoren sind für Carpzov gleichsam das Fundament der Rechtswissenschaft. Sie schenken seinen Ausführungen Tiefe und Schlagkraft. Den unmittelbaren Kontakt mit den Tagesbedürfnissen haben sie aber nicht mehr. Daher muß Carpzov hierfür jüngere Autoren, und zwar vor allem deutsche, heranziehen¹¹⁷⁾. Auch diese sind aber nur selten ausgeschrieben. Das fällt besonders bei Schneidewin und Wesenbeck auf, Autoren, deren Namen in Deutschland guten Klang hatten. Hier dürfte sich als weiterer Grund die anders geartete Zielsetzung dieser Werke auswirken. Sie galten vorwiegend dem akademischen Studium, waren für den Lernenden bestimmt. So kann sie Carpzov auch dem Studenten empfehlen¹¹⁸⁾, wenngleich er selbst sie weniger verwendet. Dasselbe gilt bei anderen, mehr systematischen Werken. Donellus¹¹⁹⁾ und Vultejus¹²⁰⁾ sind - gemessen an der Bedeutung ihrer Werke - nur selten herangezogen und kaum exzerpiert. Dennoch empfiehlt Carpzov beide für das juristische Studium¹²¹⁾. Daß er sie nicht öfters allegiert, kann man demnach nicht auf Mißachtung zurückführen, sondern nur darauf, daß er diese Werke als für die Praxis ungeeignet ansah. Seinen

-
- 117) Beust "Lectura in Dig Vet. de jurejurando" 50 All 2, 18, 8, 3.
 Gilken "Commentaria in praecipuos universi Codicis titulos" 11 All 3, 4, 19, 2.
 Harpprecht "Commentarius ad Instituta" (sic) rd 200 All viele Übern. 2, 14, 8, 5.
 D. Moller Kommentar zu den kursächs. Konstitutionen fast 800 All, wenig Übern, 1, 28, 36, 3.
 Sichardus "Praelectiones in Codicem" 60 All. 2, 19, 16, 1.
 Schneidewin Institutionenkommentar über 400 All, wenig Übern, 1, 1, 1, 9.
 Wesenbeck "Paratitla" und Institutionenkommentar 250 und 20 All, wenig Übern, 1, 32, 23, 2; 2, 6, 12, 5.
 Zasius rd 70 Alleg. aus allen Werken, Kommentarteil 2mal übernommen, 2, 38, 11, 7.
- 118) "Certa methodus de studio" (siehe Kap. 1 Anm. 120) Teil 2 § 3.
- 119) "Commentarii de jure civili" 54 All, 1, 25, 1, 4.
- 120) "Jurisprudentia Romana" 7 All 1, 1, 27, 2.
- 121) Certa Methodus Teil 2 §§ 8, 9.

Wünschen entsprechen die Fallsammlungen oder auch mehr systematische Darstellungen, die für die Praxis geschrieben sind¹²²⁾. Wenn somit, durch die praktischen Erfordernisse veranlaßt, der Einfluß der deutschen, speziell der sächsischen Autoren dominiert, so sind doch auch nichtdeutsche herangezogen. Neben den schon genannten stehen sogar einige der modernen Richtung des mos Gallicus angehörende Schriftsteller.

Nicht bei allen läßt sich für die Kenntnis Carpzovs ein so sicherer Nachweis führen wie bei Anton Faber. Er ist unzweifelhaft der am häufigsten zitierte Verfasser, dessen Codex auch entsprechend ausgeschöpft ist. Bei den Franzosen ist der Beweis der Bekanntschaft Carpzovs mit dem Werke Jac. Cujacius (Jacques Cujas)¹²³⁾ sicher; auch ist ein Nachweis wieder für Duarenus¹²⁴⁾ möglich. Sicher hat Carpzov auch Molinaeus gekannt, aber kaum die "Consuetudines Parisienses", sondern das relativ unbedeutende Werk "de usuris"¹²⁵⁾. Von den italienischen Juristen stehen neben den Kommentatoren noch Rolandus a

-
- 122) Wie Berlichs Conclusiones - s.u.- (Für das Ende des Studiums von Carpzov empfohlen - certa meth. Teil 2 § 15) Bachovs "Notae et animadversiones ad Disputationes Hieron Treutleri" - 40 All. zahlr. Übern., 1,20,1,1; Kilian Königs "Processus et Practica der Gerichtsleuffte" 30 All., 1,5,30,4 Übersetzungen wahrscheinlich; Zobels (180 All; Def 1,2,22,2) und Fachs- Reinhardt (80 All; 2,8,1,4) Differenzierwerke. Auch Rothschild, von Schultes überarbeitete Darstellung des sächsischen Prozeßrechts (80 All, Ankl.2,42, 9,1) und die "Consultationes Saxonicae", die Materialsammlung zu den Konstitutionen von 1572 (66 All wenig Übern., 1,16,7,3) gehören in diese Reihe.
- 123) Vor allem sind die "Observationes" herangezogen. Def. 2,19,11,4. Daneben auch andere Werke: Def. 2,1,15,1; 2,19,8,10; 2,28,11,4. Übernahmen gering; insges. über 80 Alleg.
- 124) Mit versch. Werken, insges. nur 10 Alleg., 1 Übern., 3,2,16,3/9/10.
- 125) Die "Consuetudines Paris." sind rd 40 mal allegiert. Def. 2,38,21,3; de usuris 9mal, Def. 3,24,15,3. Übernahmen gering; daneben noch "Consilia" Def. 2,34,26,1. Zu "de usuris" vgl. G. Hubrecht "Quelques observations sur l'évolution des doctrines concernant les paiements monétaires du XII^e au XVIII^e siècle", in "Aequitas und bona fides", Festgabe f. Aug. Simonius, Basel 1955 S.133ff, 142f.

Valle¹²⁶⁾, Menochius¹²⁷⁾ und Franciscus Mantica¹²⁸⁾. Für Alciatus¹²⁹⁾ ist ein Nachweis nicht sicher möglich; eine gleichlautende Stelle¹³⁰⁾ ist von Zanger übernommen.

Von den spanischen und portugiesischen Juristen scheint außer Didacus Covarruvias¹³¹⁾ keiner Carpzov selbst bekannt gewesen zu sein.

II. Die Verwendung der Allegate

1. Die Verwendung im allgemeinen

Bei der Verwendung der Allegate sind zwei Formen zu trennen, die bei Carpzov äußerlich nicht unterschieden sind: Allegate, die zugleich Übernahmen darstellen, und Allegate, die nur als Nachweise fungieren. Der weitaus größte Teil der Allegate enthält keine Übernahmen, weil eine Allegatenstelle in der Regel nicht nur einen einzigen Schriftsteller, sondern mehrere umfaßt. Aber auch die Zahl der Übernahmen, die z.T. unverändert¹³²⁾ z.T. von Carpzov zur Angleichung an seinen Text leicht¹³³⁾ und auch stark¹³⁴⁾ verändert, in der Mehrzahl der Fälle¹³⁵⁾ nur

- 126) 50 Alleg; keine Übernahmen. Allegiert sind:
Tractatus de lucro dotis Def. 3,19,13,14.
Tractatus de confectione Inventarii Def. 3,20,9,7
und vor allem die Consilia Def. 2,18,12,1.
- 127) "De praesumptionibus" und "De arbitrio iudicis" vgl. Anm. 115.
- 128) Franciscus Mantica "Tractatus de conjecturis ultimarum voluntatum" vgl. Anm. 115.
- 129) Mit verschiedenen Werken allegiert Def. 1,3,18,3; 2,30,35,3; 3,11,34,8.
Insgesamt ist Alciat 33mal allegiert. Nur der "Tractatus de praesumptionibus" ist übernommen.
Es bleibt offen, ob Carpzov auch die andern Schriften kannte.
- 130) Def. 1,3,18,3.
- 131) Variae resolutiones u.a., 85 Alleg. Übern.
Def. 2,2,4,7; 2,35,3,2; 3,4,6,5.
- 132) Def. 1,7,1,6 = Schultes, Observ. 30,5 für viele.
- 133) Für viele Def. 2,18,7,1-3 = angelehnt an Hering
- 134) Def. 1,4,5 nach Berlich 1,19,2.
- 135) Hiervon gibt es Ausnahmen; manchmal sind ganze Definitionen von anderen Schriftstellern übernommen. Als Beispiele: Def. 1,14,2,1-5 = Berlich 1,32,56/7 (der Schluß der Definition stammt von Carpzov) Def. 2,17,6 = Berlich 2,22, 15-18.
Def. 3,24,15 = Molinaeus "De usuris" num 150.

kurze Sätze umfassen¹³⁶⁾, ist außerordentlich hoch¹³⁷⁾. Aufgabe der Allegate - sowohl der neutralen, wie derjenigen, bei denen Übernahmen vorliegen - ist, den Leser auf Parallelstellen bei anderen Autoren zu verweisen, besonders soweit es um die Belege für Gewohnheit und Übung geht¹³⁸⁾. Daneben aber haben sie vor allem die Aufgabe, die Definitionen von Streitfragen zu entlasten. Nur sehr selten behandelt Carpzov in den Definitionen Streitfragen ausführlich. Wenn er - was häufig geschieht - auf einen Kontroverspunkt hinweist, so zwar stets mit Darstellung und Begründung der eigenen Meinung¹³⁹⁾, manchmal aber auch nur unter Hinweis auf einen anderen Schriftsteller, dessen Auffassung er sich anschließt¹⁴⁰⁾. Eine umfassende Darstellung und Beurteilung der sich gegenüberstehenden Meinungen aber erfolgt in aller Regel¹⁴¹⁾ nicht, vielmehr verweist Carpzov dann auf einen der allegierten Autoren, gleichsam seinen "Gewährsmann", bei dem der interessierte Leser den Stand der Meinungen in extenso verfolgen mag¹⁴²⁾; für Carpzov ist die Frage nicht von Bedeutung.

Das gilt nicht für Responsen und Decisionen. In diesen Sammlungen ist größerer Wert auf die Behandlung von Streitpunkten gelegt, was sich aus der Handhabung der rationes dubitandi ergibt. Da diese in den Definitionen fehlen, kann es dort auch nicht zur eingehenden Behandlung von Streitfragen kommen. Diese Handhabung beruht vielleicht darauf, daß Carpzov fast immer

- 136) Besonders charakteristisch hier die Übernahme von Faber, vgl. unten i.Text.
- 137) Es lassen sich hunderte von Stellen nachweisen. Eine genaue Angabe ist deshalb unmöglich und würde auch nichts ergeben. Zahlen lassen sich nicht nennen, weil nicht sämtliche Allegate nachgeprüft sind.
- 138) Def. 2,9,5,3; 2,15,21,6; 3,6,2,1/2.
- 139) Def. 2,19,8,6ff; 3,5,16,3ff.
- 140) Def. 3,6,5,9; 2,23,8,2.
- 141) Eine Ausnahme in Def. 2,10,9, wo einmal zahlreiche Schriftsteller angeführt werden, zum anderen auch Carpzov für seine Auffassung eine Reihe von Gegenargumenten aufstellt. Wie wenig Wert Carpzov auf die Behandlung von Streitfragen legt, zeigt die Def. 2, 14, 1,3: "Qvamvis haec ratio prohibitionis ad omnibus approbata non sit, sed alii alias afferant rationes... qvibus assentiri cuique liberum est, tanqvam in re non magni momenti."
- 142) Def. 3,8,13,5; Def. 1,32,27,1; 2,15,10,3; 3,7,15,12.

der herrschenden Lehre folgt. Er weiß dadurch, daß seine Darstellung der allgemeinen Auffassung entspricht, so daß einer Gegenmeinung von vornherein nur wenig Chancen zugemessen sind. Es ist nicht nur Zufall, daß sein Ergebnis und das der allgemeinen Auffassung übereinstimmen, sondern ein Prinzip Carpzovs. Im Vorwort zu den Responsen¹⁴³⁾ gibt er dieser Haltung deutlich Ausdruck, indem er einen Widerspruch zur herrschenden Lehre für unsinnig und vermessen erklärt und sich abfällig über solche Entscheidungen äußert. Auch in den Werken kehrt der Hinweis auf die Bedeutung der *communis opinio* regelmäßig wieder, ohne daß es Carpzov freilich zu sklavischer Abhängigkeit kommen ließe. Es sind sogar einige Stellen anzutreffen, in denen er sich in Widerspruch zur herrschenden Meinung begibt - aber nicht aus Mißachtung der *communis opinio*. Aufschlußreich sind Carpzovs Ausführungen zur Bindung an die herrschende Meinung in Resp. 6,70,8.

"Non enim maior autoritas tribuenda est opinioni communi quam rationi et veritati juris, propter quam a communi opinione tutissime possumus recedere (Allegate). Et praevalet opinio singularis communi, quando meliore nititur ratione (Allegate). Quin et opinio verior metienda potius -9- a ratione quam ab autoritate et numero Dd....-10- Vere dixerit Zasius Doctorum opiniones absque textu ne probabilem quidem assertionem importare (cons. 4,16) ac aequius esse ei adhaerere sententiae, quae melioribus fulciatur rationibus, etsi Imperator sit in contraria opinione".¹⁴⁴⁾

143) Praefatio zu den Responsen:

qvod enim universa jurisperitorum natio solis regitur opinionibus, tantique habetur apud pragmaticos opinio communis, ut ab ea in consulendo et judicando recedere non tutum, ipsique contradicere arrogantiae tribuendum, qvin et insanis capiti sit, idque si factum per imperitiam judicatum censeatur.

144) Diese Stelle hat eine besondere Vorgeschichte: In Def. 2,10,13 hatte Carpzov gegen Wesenbeck und die herrschende Lehre die Auffassung vertreten, daß der Mutter, wenn sie Vormünderin ihrer Kinder sei, an deren Vermögen kein Nießbrauch zukomme wie dem Vater .. Diese Auffassung war von Richter angegriffen worden mit dem Hinweis darauf, daß die herrschende Lehre gegen Carpzov stehe und auch die Leipziger Fakultät anders gesprochen habe. (Carpzov zitiert in der Def. Urteile des Schöppenstuhls von 1630, 1636 und 1629). Gegen diesen Angriff verteidigt sich

Wenn auch mit den Worten des Zasius legt Carpzov hier ein Bekenntnis seiner Rechtsüberzeugung ab. Freilich sind die Maßstäbe der "Ratio legis" und der "Aequitas" wenig faßbare Hilfsmittel und vom Empfinden des Einzelnen getragen, so daß damit kein absolut sicherer Boden gewonnen wird. Doch beeinträchtigt das nicht die ideale Forderung. Auch mag das Verteidigungsbedürfnis Carpzov zu stärkeren Worten haben greifen lassen, als sonst seine Art ist. Der Inhalt der Äußerung ist gerade deshalb interessant, weil Carpzov sich nicht bedenkenlos über die communis opinio hinwegsetzen will. Als allgemeine Auffassung genießt sie ein gewisses Ansehen und kann nur durch die "Ratio" und "Veritas juris" erschüttert werden. Es ist bezeichnend, wie sehr Carpzov damit die herrschende Lehre in die Nähe des Gesetzes rückt.

Der Begriff der "Herrschenden Lehre - communis opinio" ist dabei durch die Namen der großen Kommentatoren geprägt; die Formeln "Bartolus et doctores"¹⁴⁵⁾, "Baldus et doctores"¹⁴⁶⁾ und ähnliche Zusammenstellungen lassen dies offenbar werden.

Diese Stellung zur herrschenden Meinung schließt aber keineswegs eine unselbständige oder sklavische Autoritätsgläubigkeit ein. Wenn man aus Carpzovs Stellung zur scholastischen Methode den Schluß ziehen wollte, daß Carpzov manche Schriftsteller als unbedingte Autoritäten ansähe, d.h., sich von ihrer Meinung kritiklos leiten ließe, so würde dem schon Carpzovs klare Stellungnahme in Resp. 6,70 entgegenstehen. "Autoritäten", deren Wort eben nur wegen ihrer "Autorität" Gewicht und Bedeutung hat, kennt er nicht. Zwar zollt er Bartolus und Baldus große Achtung - noch immer gilt der Satz "nemo Jurista nisi Bartolista" - : doch führt sie ihn nie dazu, der Meinung

144) (Forts.) Carpzov in Resp. 6,70 sehr lebhaft und ausführlich, indem er Richters Argumente - die sachlichen sind hier übergangen - einzeln zerpfückt. Bemerkt sei noch, daß die Fakultät sich in einem Spruch von 1640 - Carpzov war erst von 1645 an Professor - der Auffassung des Schöppenstuhles angeschlossen hatte, welche Entscheidung Carpzov abdruckt. - Carpzovs Auffassung fand später ihre gesetzliche Sanktionierung in den Decisiones Novae von 1661 (unter Nr.62). Vgl. Anhang. Vgl. auch Resp. 5,89,2 und 22 zur Autorität der Glosse.

145) Def. 2,10,18,1; 2,7,11,4 u. öfters.

146) Def. 2,13,11,8 -vgl. auch 2,13,11,9.

dieser großen Postglossatoren blindlings zu folgen, seine Entscheidungsfreiheit bleibt gewahrt. Das zeigt sich insbesondere bei der Stellung Carpzovs zu Streitfragen. Das gemeine Recht kannte deren eine große Zahl und Carpzov konnte nicht umhin, sich mit ihnen zu befassen. Zwei Gruppen daraus verdienen besondere Beachtung. Dabei handelt es sich einmal um Fragen, die aus der modernen französischen Schule und ihrer Methode kamen, also um Auseinandersetzungen mit Cujacius, Donellus, Duarenus, auch einmal Faber, oder um Gegensätze zu Berlich. Sind die ersten relativ selten¹⁴⁷⁾, so sind die zweiten recht häufig, man kann sagen, sie umfassen die größte Zahl an Differenzen zum selben Schriftsteller¹⁴⁸⁾. Daneben gibt es auch noch ablehnende Äußerungen gegenüber anderen Autoren, die aber ein eigenes Gesicht vermissen lassen¹⁴⁹⁾. Die Streitfragen behandeln im überwiegenden Maß Fälle der sächsischen Praxis, die Carpzov näher stand als die gemeinrechtlichen Lehren. Auch auf diese wird zwar eingegangen, doch weniger ausführlich als auf die Fehden mit den sächsischen Autoren¹⁵⁰⁾. Bei den Franzosen ist es meist dasselbe Problem, das ihnen Carpzov zum Widerpart werden läßt: die Auslegung und Korrektur des römischen Rechts¹⁵¹⁾. Dieser Gegensatz zu den Franzosen, der sehr tief reicht, dürfte wohl auch der Grund sein, weshalb Carpzov ihre Werke, auch wenn er sie kannte, nur selten zu direkten Übernahmen heranzog. Bei derartigen Kontroversen kommt die sachliche Argumentation vielfach zu kurz und Carpzov begnügt sich mit allgemeinen bejahenden oder verneinenden Bemerkungen¹⁵²⁾. Das ergibt sich

147) Def. 2,12,25, als Beispiel.

148) Def. 2,21,7; 3,19,8; 3,20,12; 3,20,13,8; 3,20,27,4; 3,23,24 Resp. 6,62,32 u.v.a.m.

149) Def. 2,13,18,2 gegen Moller.

Def. 2,22,15,1 gegen Coler.

Def. 3,7,4 gegen Schultes und Wesenbeck, Def. 1,1,32 gegen Rauchbar und Hering; 3,2,4 gegen Rauchbar und M. Pistoris, Pensold; Def. 3,1,11 gegen Wesenbeck.

150) Def. 3,2,6,1f; 1,23,4,1.

151) Def. 1,8,32,6.

152) Meist fehlt eine eigene Stellungnahme.

Def. 2,1,15,3; 2,53,5,6/7. Eine scheinbare Ausnahme in Def. 1,8,32,6 wo es um eine Korrektur Cujacius' an der Stelle C 4,23,4 geht. (Cujacius will hier statt "Commendati" "Commendati" lesen). Die "eigene" Auseinander-

zwangsläufig aus Carpzovs positivistisch gefärbter Einstellung zum Recht¹⁵³⁾. Männer wie Cujacius, Hottomannus und A. Faber mußten ihm in ihrem Bemühen um Korrektur des Textes des Corpus juris höchst verdächtig sein. Nichts ist dafür bezeichnender als die Art der Benutzung der Faberschen Werke durch Carpzov. Während er nämlich den Codex Fabrianus stark benützt, von dem Faber im Vorwort selbst sagt, daß er alle (humanistischen) Streifragen um die Echtheit des Textes beiseitelassend, sich nur den tatsächlichen Gerichtsgebrauch darzustellen bemühe, bleiben die textkritischen Werke Fabers ("Rationalia ad Pandectas", "Conjecturae") ziemlich unbeachtet, obwohl Carpzov sie gekannt hat. Diese Haltung zeigt sich aber gegenüber allen den eleganten französischen Juristen, da sie das Fundament der Carpzovschen Rechtsfindung zu zertrümmern drohten, ohne daß sie freilich in dieser Absicht handelten. Denn wenn einmal die Fragwürdigkeit des Textes in so erheblichem Maße behauptet wurde, wie etwa in Fabers "Rationalia" - wo er hunderte von Interpolationen aufspürte, die die moderne Interpolationenforschung vielfach bestätigt¹⁵⁴⁾ - dann war die Autorität des Gesetzes verloren¹⁵⁵⁾. Erörterungen dieser Art mußten Carpzov daher tief unsympathisch sein und er hatte mithin Grund, sich nicht zulange dabei aufzuhalten. Es mochte außerdem mitspielen, daß solche Fragen für die richterliche Praxis kaum von Bedeutung sein konnten. Denn wenn eine Interpolation sich auch mitunter für die Be-

152) (Fortsetz.) setzung Carpzovs stammt aber aus Harpprechts Institutionen. Manchmal macht Carpzov auch abschätzige Bemerkungen. So in Def. 2,1,15,3 "Qvem locum a Triboniano corruptum a b s q v e r a t i o n e asserit A. Faber". Interessant zu dieser Stelle ist, daß Lenel in der "Paligenesie" Ulpian ad Sabinum lib. LI Ziff. 2987 Anm.2 diese ebenfalls als interpoliert ansieht.
Def. 1,26,15,4 "Qvem textum p a u l u l u m emendat Jac. Cujacius .." (Obs. 12,25). Vgl. auch Def. 2,53,5,6 wo sich Carpzov ohne jegliche Begründung an Cujas und Hotman anschließt.

153) Kap. 2,1. Abschnitt.

154) Koschaker S.297,298¹, Wieacker PrRG S.87.

155) Damit soll nicht einer Autoritätsgläubigkeit Carpzovs das Wort geredet werden. Gemeint ist vielmehr jene Achtung und Wertschätzung ohne die ein Gesetz nicht als Grundlage der Rechtsprechung fungieren kann.

wertung eines Rechtssatzes auswirken mochte, so doch nicht für seine Anwendung. Nur wenn eine unrichtige Überlieferung nach Justinian den Text beeinflußt hatte, konnte sich eine praktische Auswirkung ergeben. Die Interpolationen Tribonians waren für Carpzov grundsätzlich gleichgültig, da sie nur das Recht vor dem Corpus Juris betrafen.- Soweit die Interpolationen für die Geltung des Textes von Bedeutung waren, mußte es Carpzov darum zu tun sein, möglichst den Text aufrecht zu erhalten, der der bisherigen Judikatur zugrunde lag. Denn die Rechtsprechung mußte eine sichere Grundlage haben, damit der Benutzer der Carpovschen Sammlungen wiederum auf ihr aufbauen konnte. Angesichts des von Carpzov verfolgten Zieles konnten also Streitfragen für ihn grundsätzlich keine Rolle spielen.

Eine Streitfrage darf für den Richter nie ein offenes Problem bleiben. Seine Aufgabe ist es, die Frage so zu entscheiden, wie er es für richtig hält. Da Carpzov als Richter und für Richter schrieb, kam es daher, wenn er Streitfragen berühren und beantworten mußte, nicht so sehr darauf an, welche diversen Meinungen vertreten wurden, sondern darauf, warum sich das Gericht, dessen Urteil zitiert wurde, für diese oder jene Ansicht mochte entschlossen haben. Es genügte also, dessen Meinung mit Gründen anzuführen; wer Interesse an einer Vertiefung hatte, konnte leicht einen Autor nachlesen, der das Problem in extenso erörtert hatte. Dabei muß man im Auge behalten, daß die Urteile der höheren Gerichte für die niedrigeren verpflichtende Rechtsprechung waren¹⁵⁶⁾, es für diese also auf Gegenmeinungen gar nicht mehr ankam. Daraus gewinnt das Zitieren der Urteile auch seine besondere Bedeutung. Der Praktiker, der diese Entscheidungen später las, wußte sich, wenn er Carpzovs gerichtskonformer Meinung folgte, auf der Linie etwa des Leipziger Schöppenstuhles; denn auch dieser konnte von seinen Präjudizien um der Einheitlichkeit seiner Rechtsprechung willen nicht mehr abweichen.

156) Von der Linden S.4 (Vgl. Einleitung Anm.1)
Boehm a.a.O. Bd.59, S.384,388, 406ff.

2. Einzelne Autoren

Wie es der Zeit eigen war, hat auch Carpzov häufig fremde Autoren wörtlich übernommen. Meist gibt er das verwendete Werk an - eigenartigerweise aber meist nicht an erster Stelle der Allegate - doch übernimmt er manchmal auch den Text, ohne des Verfassers zu gedenken¹⁵⁷⁾. Zwar empört er sich im Vorwort der Definitionen über Zeitgenossen, die sich nicht scheuten, "scrinia aliena compilare", doch macht er davon keine Ausnahme. Immerhin läßt sich auf diese Weise ziemlich genau feststellen, welche Autoren Carpzov wirklich kannte - wenn er nicht gerade einen Text abschrieb, der seinerseits abgeschrieben war¹⁵⁸⁾.

Die Stellen, an denen Carpzov die Werke seiner Vorgänger auf diese Weise ausschöpfte, sind - für moderne Begriffe - erstaunlich zahlreich¹⁵⁹⁾. Genaue Zahlen können nicht genannt werden, doch dürfte eine Schätzung dahin kaum zu niedrig gegriffen sein, daß etwa ein Viertel des Textes im zivilrechtlichen Teil der Definitionen abgeschrieben ist. An der Spitze dieser seiner "Quellen" stehen drei Schriftsteller, bei denen etwa jedes dritte bis vierte Allegat Anklänge aufweist, vielfach auch umfangreiche Exzerpte ansehen läßt¹⁶⁰⁾: Anton Faber (= A. Faure), Matthias Berlich(ius) und Hartmann Pistoris.

Anton Faber (1557-1624) war der Führer jener theoretisch praktischen^{160a)} Richtung der französischen Jurisprudenz, die,

157) Def. 1,18,9 1-2 wörtlich Berlich 1,48,14.

Def. 1,3,18,3 wörtlich Zanger 2,1,14.

Def. 1,7,19, 6/7 wörtlich H. Pistoris (Quäst.) 1,45,23/4; in allen Fällen ist die "Quelle" nicht angegeben.

158) Solche Fälle sind mehrfach nachweisbar. Beispiel: Carpzov Def. 1,3,18,3 - Zanger 2,1,14 - Alciatus "de verb.signific". L 239 num.11.-Carpzov Def. 2,14,7,4 - Hering 5,208-Pinelus" de bon.matern" 2,80 Carpzov Def. 2,12,5,3ff - H.Pistoris (Quaest.) 1,50,21 - Molinaeus "cons.Paris". § 11 num. 29.

159) Vgl. Anm.137.

160) Def. 2,17,6,1-5 fast die ganze Definition wörtlich aus Berlich 2,22,15-18.

160a) Stintzing I S:655.

zwar im Besitze der von der älteren Generation gewonnenen wissenschaftlich-antiquarischen Kenntnisse, doch eine Hinwendung zur Praxis forderte^{160b)}. Das bedeutet nicht, daß er im Stile dieser Lehrmeinung das einheimische französische Recht gegenüber dem römischen bevorzugt hätte wie etwa Hotomannus in seinem Antitribonianus (1567)^{160c)}. Vielmehr betätigte er sich auch als kenntnis- und ideenreicher Interpolationenforscher^{160d)}. Gerade seine diesbezüglichen Veröffentlichungen schufen ihm in Deutschland wissenschaftliche Gegner (Bachov) und Anhänger (C.Schieferdecker, Schifordegher)^{160e)}. Für Carpzov wurden aber im Gegensatz hierzu jene Schriften von Bedeutung, die von seiner Tätigkeit als savoyardischer Gerichtspräsident Zeugnis ablegten: der sog. "Codex Fabrianus".

Matthias Berlich(ius) (1586-1638) ist in Sköhlen bei Weißenfels geboren, stammt also aus dem Gebiet des sächsischen Rechts. Nach Studienjahren in Jena und Marburg ließ er sich 1611 in Leipzig nieder, wo er nebenberuflich an der Universität lehrte, ohne aber Mitglied der Universität zu sein. Hauptberuflich war er ein gesuchter Rechtsanwalt und Consulent. Beide Tätigkeiten verband er auch in seinem wissenschaftlichen Hauptwerk "Conclusiones practicabiles". "Er ist einer der bedeutendsten Praktiker seiner Zeit" und als solcher schon früh als Vorläufer Carpzovs angesehen worden^{160f)}.

Waren Faber und Berlich noch Zeitgenossen Carpzovs, so muß man Hartmann Pistoris (1543-1601) zu der älteren Generation der großen Leipziger Juristen rechnen. Der Lebenslauf Carpzovs ähnelt dem Pistoris' überraschend: sie hatten beide dieselben Ämter inne. Nur war Pistoris' Tätigkeit ausschließlich auf die Praxis beschränkt; an der Universität hat er nicht gelehrt. Stintzing kennzeichnet ihn als den hervorragendsten Praktiker

160b) Stintzing I S.386.

160c) Stintzing I S.384.

160d) Wieacker PrRG S.87.

160e) Stintzing I S.685f u. 733.

160f) Alles nach Stintzing I S.736f.,

seiner Zeit, der die meisten anderen an Kritik, Scharfsinn und Gelehrsamkeit weit überragte^{160g)}.

Faber nimmt¹⁶¹⁾ gegenüber H. Pistoris und Berlich eine Sonderstellung ein. Seine Allegate werden gern als abschließende "schlagende Beweise" oder als "Kernsätze" verwandt. Das mag mit der bewundernswerten Kürze dieses Schriftstellers zusammenhängen, der in seinem Codex eine Fülle von prägnanten Rechtsätzen aufgestellt hat, die in ihrer Knappheit und ihrem konzentrierten Inhalt fast die Form von Sprichwörtern haben und von Carpzov auch wie solche verwendet sind¹⁶²⁾.

Wie Carpzov im Vorwort der Definitionen angibt, hat er von Faber seine ganze Methode der Definitionen übernommen. Das mag hinsichtlich der - jedenfalls in den Definitionen - angestrebten Kürze und Prägnanz zutreffen, auch die Einteilung in Definitionen nach der Reihenfolge eines Gesetzes ist von Faber übernommen. Doch zeigen sich in der weiteren Durchführung erhebliche Unterschiede. Zwar verwendet Faber in seinem Codex auch Leitsätze, aber diese sind nicht so konsequent wie bei Carpzov als Leitsätze formuliert. Faber weicht häufig in Fragen und einfache Überschriften aus. Auch beschränkt sich Faber in seinen Urteilsangaben auf das Rubrum. Der für Carpzov wichtigste Teil fehlt also. Neben diesen mehr äußerlichen Differenzen zeigen sich aber auch in der Durchführung der Einzeldefinitionen erhebliche Unterschiede. Die entscheidende Abweichung

160g) Alles nach Stintzing I S. 568ff.

161) Codex Fabrianus 1,14,1,3; 2,1,7,11.

In starkem Maße benutzt, rd. 850 Alleg.

De erroribus pragmaticorum 2,28,8,10; 2,39,18,1.

Die erstgenannte Stelle ist die einzige, die Anklänge zu Carpzovs Text aufweist. Es ist aber doch wohl anzunehmen, daß Carpzov Fabers Werk kennt, es ist meist ganz selbständig zitiert.- 60 Alleg.

Conjecturae juris Civilis 2,17,13,1; 30 Alleg.

Rationalia ad Pandectas 3,3,2,2. Auch hier ist nur diese Stelle als einziger Anklang vorhanden; es gilt aber dasselbe wie für die errores; 10 Alleg.

Alleg. verschiedene Einzelwerke 2,28,4,9; 2,28,8,7; 2,28,9,5; 3,18,3,12; 2,11,39,8.

162) Def. 1,17,19,7 = Faber, Codex 4,1,31,1.

Def. 1,26,15,6 = Faber, Codex 8,15,1,6.

Def. 2,11,29,10 = Faber, Codex 2,12,1,1.

liegt in der auf das Aufwerfen des Problems (die "Frage" bei Carpzov) folgenden Lösung. Während nämlich Carpzov nach der "Frage" sofort die "Antwort" gibt und diese dann auch begründet, behandelt Faber das Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten in den verschiedenen Möglichkeiten und Beziehungen, so daß die eigentliche Definitionenproblematik nur einen Teil der ganzen Erörterung ausmacht. Faber kommt es nicht nur wie Carpzov darauf an, e i n e n Fall in e i n e r bestimmten Beziehung zu entscheiden, sondern auch das Spannungsverhältnis zwischen den Beteiligten juristisch zu erfassen und zu bestimmen. Er weist damit in der Tendenz in die systematische Richtung, während sein Codex sonst im Aufbau - der Name zeigt es schon - sich an den dritten Teil des Corpus juris anschließt.

Carpzov hat von Faber nur das Einteilungs p r i n z i p übernommen; die Durchführung und der Aufbau seiner Einzelerörterungen sind von der Faberschen wesentlich verschieden. Damit ist keineswegs gesagt, daß sie auch moderner oder besser seien. Es ist schon öfters hervorgehoben worden, daß Faber der Richtung der "eleganten" Juristen angehört. In seinem Codex wird davon - obwohl es unverkennbar bleibt - am wenigsten spürbar, hat er doch selbst erklärt, mit diesem Werk die an seinem Gericht geübte Praxis festhalten zu wollen. Es ist schon bezeichnend genug, daß Carpzov diesem vor den anderen Werken Fabers entschieden den Vorzug gab: der "Codex Fabrianus" mit mehr als 800 Allegaten steht an erster Stelle der in den Definitionen genannten Bücher. Nicht zuletzt beruht dies auf der von Faber mit diesem Buche verfolgten Absicht, die der Carpzovs entsprach. Carpzov wird aber auch der konservative Zug des "Codex" dazu veranlaßt haben, der mit seinen eigenen, der Tradition verpflichteten Vorstellungen besser zusammenklang als seines Vorbildes¹⁶³⁾ andere Werke.

Bei Matthias Berlich bietet sich ein eigenes Bild. Berlichs "Conclusiones practicabiles" waren im Jahre 1614 erschienen¹⁶⁴⁾

163) Als solches bezeichnet er Faber im Vorwort der Definitionen ausdrücklich.

164) Stintzing I S.640; rd. 750 Allegate.

Sie gleichen Carpzovs Definitionen anlagemäßig, da auch sie sich an die Reihenfolge der kursächsischen Konstitutionen von 1572 halten. Doch ist der Aufbau sehr viel unübersichtlicher, ist die Ausführung weniger knapp und die Praktikabilität mit der der carpzovschen Werke nicht entfernt vergleichbar¹⁶⁵⁾. Immerhin hat auch Berlich schon das gesamte sächsische Recht in seinem Werk zu erfassen gesucht. Auch er verwendet Sprüche, jedoch in ungleich geringem Maß als Carpzov. Diese jüngste umfassende Darstellung des sächsischen Rechts mußte Carpzov zu seinen Vorarbeiten natürlich heranziehen. Er tat es aber in einem Maß, das ihm schon bald den Spottvers "Nisi Berlichius berlichizasset, Carpzovius non carpzovizasset" einbrachte, der sich bis heute erhielt¹⁶⁶⁾. In der Tat hat Carpzov Berlich in großem Umfang abgeschrieben. Waren die Übernahmen aus Faber meist nur schlagwortartig gefaßte Einzelformulierungen, so sind die Exzerpte aus Berlich größer, umfassen manchmal ganze Definitionen¹⁶⁷⁾.

Dieses genaue Studium des berlichschen Werkes mußte auf der anderen Seite dazu führen, daß Carpzov auch Stellen antraf, die seiner Auffassung zuwiderliefen. Da ihm Berlichs Werk das nächste war, wurden die Gegensätze zu Berlich folglich auch die zahlreichsten. Das deutet keineswegs darauf hin, daß Carpzov etwas gegen Berlich gehabt habe: das Gegenteil zeigt sich aus den Übernahmen¹⁶⁸⁾. So sind die zahlreichen gegensätzlichen Stellungnahmen gegenüber Berlich eher ein Beweis dafür, daß Carpzov Berlich schätzte. Er pflegt dessen Ansicht-

165) Vgl. Boehm ZStrRW 61, 316 Anm.

166) Boehms Auffassung ZStrRW 61, 315 Anm. 293 der Satz könne von dem Schwiegervater Berlichs, der zugleich sein Verleger war, ausgehen, scheint zutreffend. Das ist im Hinblick auf H. Pistoris anzunehmen, der von Carpzov mindestens im selben Maße wie Berlich herangezogen wurde - s. im Text -, ohne daß ein ähnlicher Vers bekannt geworden wäre.

167) Def. 1, 28, 41; 1, 28, 46; 1, 28, 73; 1, 28, 15; 1, 31, 15; 2, 17, 6 gilt aber auch von anderen Autoren, wenn auch seltener. Z.B. Def. 3, 8, 10 - Thesaurus; 3, 8, 2 - Menoch.

168) Auf ähnliche Weise mag es zu der berühmten Behauptung vom "Streit" Carpzovs und Brunnemanns gekommen sein. Stintzing II S. 104. Brunnemann stand zu Carpzov etwa im selben zeitlichen Verhältnis wie dieser zu Berlich. Doch hat er Carpzov nicht im gleichen Maß abgeschrieben.

ten auch nicht einfach wegzuwischen, sondern sachlich zu widerlegen¹⁶⁹⁾. H. von Weber hat in seinem Aufsatz über Carpzov¹⁷⁰⁾ geäußert, die Unterschiede zu Berlich entsprängen in erster Linie den deutschrechtlich betonten Gedankengängen Carpzovs im Gegensatz zu denen "des sehr romanistischen Marburger Doktors". Die Überprüfung einiger Stellen, an welchen sich Carpzov in Gegensatz zu Berlich bringt, vermochte diese Meinung nicht zu bestätigen. Es finden sich zwar Stellen, in welchen Carpzov gegen Berlichs romanistische Auffassung das Sachsenrecht bevorzugte¹⁷¹⁾; die meisten Gegensätze aber lassen sich nicht auf eine solche Grundkonzeption zurückführen¹⁷²⁾, ja Carpzov vertritt auch das römische Recht gegen Berlichs deutschrechtliche Lösung¹⁷³⁾. Der Grund dafür, daß sich Carpzov häufig in Widerspruch zu Berlich setzte, dürfte eher darin zu suchen sein, daß Berlich nicht nur die Rechtsprechung des Leipziger Schöppenstuhls vertrat wie Carpzov, sondern auch der Auffassung anderer Dikasterien folgte¹⁷⁴⁾. Diese Erklärung wird durch einen Blick auf die Bedeutung untermauert, die Hartmann Pistoris bei Carpzov gewann. Sein Einfluß auf Carpzov ist bisher noch nicht genug gewürdigt worden. Er ist der einzige Autor, von dem man behaupten könnte, Carpzov anerkenne ihn als Autorität. Mit seinen Quaestiones¹⁷⁵⁾ ist er noch häufiger allegiert als Berlich und mindestens im gleichen Maß wie jener auch in Carpzovs Werke übernommen¹⁷⁶⁾.

169) Vgl. etwa zur positiven Seite Def. 3,3,30. Gegen Berlich in Def. 3,19,8; 3,20,12.

170) Rosenfeld - Festschrift S.39. 171) Def. 3,19,8; 3,23,24.

172) Def. 3,20,12; 3,20,13,8; 3,20,27; Resp. 6,62,32.

173) Def. 2,16,15.

174) Appellationsgericht in Dresden, Oberhofgericht in Leipzig, Juristenfakultäten in Leipzig und Wittenberg. Die zur Verfügung stehende Ausgabe der Conclusiones, Leipzig 1693 ist überarbeitet, so daß die dort allegierten Sprüche nicht unbedingt alle von Berlich zu stammen brauchen.

175) Zum Erscheinungsdatum Stintzing I S.569. Die Quaestiones sind rd. 700mal allegiert, die Observationes 250mal.

176) Def. 3,5,18; 2,3,13,4; 2,6,18,7ff; 2,7,7,1 - 6; 2,7,9,2 - 11; 2,11,27,1-4; 1,23,15, 1-8; 1,23,17,1-7. Die Stellen sind bei Pistoris meist sehr viel länger. Carpzov zieht nur Teile heraus.

Carpzov macht aus seiner Hochachtung vor Pistoris kein Hehl. Er, der sonst mit epitheta ornantia sehr vorsichtig umgeht, nennt ihn einmal die "Koryphäe" der sächsischen Juristen, ein andermal findet er sogar die Formel "Phoenix Jctorum Saxoniorum"¹⁷⁷⁾.

Hartmann Pistoris war Beisitzer des Oberhofgerichts und Schöppenstuhls in Leipzig, später Mitglied des Geheimen Raths und Appellationsgerichts in Dresden¹⁷⁸⁾. In ihm fand Carpzov den idealen Vorläufer, der dieselbe Tradition vertrat wie er selbst. Wenn man noch hinzufügt, daß Pistoris nur als Praktiker angesehen werden wollte,¹⁷⁹⁾ so wird verständlich, daß sein Buch für Carpzov von größtem Wert war. Zwar finden sich auch Abweichungen von H. Pistoris Meinung¹⁸⁰⁾. Doch sind sie sehr selten und von Carpzov nur unter entschuldigenden Wendungen eingeführt. Man kann Hartmann Pistoris als den von Carpzov am meisten geschätzten und benutzten Autor bezeichnen. Das paßt in den Rahmen der allgemeinen Haltung Carpzovs, sächsische Autoren zu bevorzugen.

Die zahlreichen kleineren Autoren, die Carpzov zu Übernahmen heranzog, können hier nicht alle behandelt werden¹⁸¹⁾. Ihre Bedeutung für Carpzov reicht auch an die von Faber, Berlich und H. Pistoris bei weitem nicht heran. Die Stellungnahmen der Rechtshistoriker gegenüber solchen Beobachtungen - Abschreiben in großem Umfang - sind meist sehr zurückhaltend. Man pflegt darauf hinzuweisen, daß das Abschreiben in jener Zeit üblich gewesen sei¹⁸²⁾. Kann dies eine Entschuldigung sein? Beweist nicht gerade jener Satz "nisi Berlichius berlichizasset, Carpzovius non carpzovizasset", vor dem die Schriftsteller ihren Autor in Schutz zu nehmen suchen, das Gegenteil? Denn wenn man auch feststellen muß, daß dieses

177) Jur Poem 6,1,7; Don Ger 1,4.

178) Stintzing I S.568. Sein Lebenslauf weist also überraschende Ähnlichkeit mit dem Carpzovs auf.

179) Stintzing I S.569. 180) Def. 2,35,8,4.

181) Die Allegatstellen bei den unter I genannten Autoren - Anm. 114ff - enthalten zum größten Teil Übernahmen.

182) Vgl. bei Stintzing, Hellmuth v. Weber, Boehm.

gegenseitige Exzerpieren allgemein üblich war, so ist aus dieser spitzen Bemerkung doch offensichtlich, wie auch die Zeitgenossen derlei auffaßten. Gerade die übernommenen Schriftsteller reagierten, wenn sie Exzerpte feststellen konnten, außerordentlich negativ¹⁸³⁾. Man kann das zweifelhafte Licht, in das ein Autor durch solche Übernahmen kommt, auf diese Weise nur abschwächen, aber nie völlig abblenden. Das gilt besonders dann, wenn man "Kompilationen" von solchen Ausmaßen wie bei Carpzov feststellt.

Ein zweiter Gesichtspunkt, den man oft zur Entschuldigung ins Feld führt, ist die "eigenständige Verarbeitung" oder "Einschmelzung ins eigene Werk". Ganz ungeachtet der Tatsache, daß damit die Übernahme um nichts weniger eine Übernahme bleibt, verharmlost eine solche Darstellung, ohne zu klären. Denn es ist offensichtlich, daß jeder Satz, aus einem Werk in das andere verpflanzt, seinen Charakter ändert, je nach dem Zusammenhang, in welchen er gestellt wird. Die Frage scheint gegenüber den Verteidigern dieser Methode berechtigt, worin die Leistung eines Autors zu sehen sei: darin, wie glücklich er die Exzerpte aus anderen Büchern zusammenstellt oder darin, wie er selbst Gedachtes zu Papier brachte. Unter diesem Gesichtspunkt wird man Carpzov nur wenig Beifall zollen können. Seine große Literaturkenntnis hat er nur wenig dazu genutzt, schöpferisch Neues zu gestalten. Seine Ergebnisse verdankt er der Rechtsprechung der Dikasterien, denen er angehörte. Bei den Begründungen fällt das Verdienst oft anderen Autoren zu. Für Carpzov bleibt der Ruhm, beide zusammengebracht zu haben. Viele Stellen geben natürlich Carpzovs eigene Gedanken wieder. Und niemand verlangt, daß ein juristischer Schriftsteller gleichsam die ganze Rechtswelt in seiner Vorstellung neu schafft. Doch hat Carpzov sich nicht sonderlich darum bemüht, auch nur einen kleinen Teil selbst weiter zu führen. Das lag nicht im Rahmen der gesetzten Aufgabe. Er ist kein Rechtsdenker; er sucht als Praktiker die

183) Vgl. die Darstellung über Cantuuncula und Tiraquellus bei Guido Kisch "Erasmus und die Jurisprudenz, Basel 1960 S.263 Anm.6.

besten Gründe für seine Entscheidung und nimmt sie, wo er sie findet. Er schafft nicht neu. Er entwickelt das Recht nicht bewußt weiter. Er bewahrt und bestärkt das Vorhandene.

So ist es auch erklärlich, daß er wichtige neuere Werke nicht verwendet. Das ist von Althusius schon angeführt¹⁸⁴⁾. Es gilt aber auch für Grotius und Conring. Carpzov allegiert Grotius nur mit dem 1613 erschienenen Werk "Ordinum Hollandiae ac Westfrisiae pietas . . ." etc.¹⁸⁵⁾. Sein Hauptwerk "de jure belli ac pacis" (1625) ist nicht verwendet. Hier mag noch mitgespielt haben, daß sich dieses Werk erst in Deutschland durchzusetzen vermochte, als Carpzovs Hauptwerke schon erschienen waren¹⁸⁶⁾. Das gilt aber nicht für Conring¹⁸⁷⁾ und sein 1643 erschienenenes Buch "de origine juris Germanici". Dieses Buch und der sich daran anspinnende Streit mit Tabor¹⁸⁸⁾ können Carpzov schwerlich entgangen sein, zumal er Tabor kannte und dieser sowohl Conring als auch Grotius allegiert¹⁸⁹⁾. Hier kann nur ein mangelndes Interesse als Erklärung dienen, oder die Furcht vor der umstürzenden Wirkung der conringschen Entdeckung.

184) Vgl. zu Anm. 82b, Kap.1.

185) Vgl. bei E.Wolf, Rechtsdenker, S.253ff, hier S.304.

186) Vgl. zu Anm.82, Kap.1. Gegen die Auffassung von Webers (Tydskriv vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg, 20.Jg. 1963, S.40ff) ein konfessioneller Gegensatz könne mitgespielt haben, vgl. Kap.1 zu Anm.84a. Die dort für Althusius angeführten Argumente gelten auch hier.

187) Zu ihm E. Wolf, Rechtsdenker, S.220ff bes. S.250.

188) Stintzing II S.180; zu Tabor Stintzing II S.226ff.

189) Asylum Debitorum (Disp.) pos.15, num 141, 203ff. Es geht an diesen Stellen um den Streit über das Darlehen, den Salmasius entfesselt hatte. Dazu s. Stintzing II S.228f. Carpzov stellt sich auf Tabors Seite. Tabor allegiert in seinem - von Carpzov angeführten - Werk "Consultatio Academica de Praesidiis Debitorum Infelicius... (benutzte Ausgabe Gießen 1686) in pars 2, Art.2, Abschnitt 7, Conring (de orig.Jur.Germ.), in 2,3, 5 und 3,13,25 Grotius (de jure belli ac pacis). Da Carpzov Tabors Abhandlung gelesen hat, wie die wörtlichen Allegate beweisen, müssen ihm auch diese beiden Namen begegnet sein. Man könnte sich immerhin vorstellen, daß sie ihm bei der geringen Allegatzahl nicht aufgefallen wären; doch dürfte damit seine Kenntnis der wissenschaftlichen Entwicklung wohl unterschätzt sein.

Dies entspräche jedenfalls seiner konservativen Tendenz; denn er wollte der Praxis dienen. Ihr gab er die Gründe für ihre zukünftigen Sprüche, indem er die Gründe für die alten fand. Bewahrung des Bestands, Stärkung der Gerichte und des Rechts, Arbeitserleichterung für die Untergerichte - vielleicht auch Anerkennung bei den hohen Gerichten - das waren die Ziele Carpzovs. Er hat sie erreicht - wenn auch auf den von anderen gebahnten Wegen.

Drittes Kapitel

Die Rezeption bei Carpzov

Erster Abschnitt: Das eheliche Güterrecht bei Carpzov

Die Einstellung Carpzovs zum römischen Recht kann nur an Hand der erschöpfenden Darstellung einer Spezialmaterie untersucht werden. Dazu bot sich das eheliche Güterrecht vor allem deshalb an, weil es bei der Rezeption dem römischen Einfluß am kräftigsten widerstand¹⁾, so daß sich hier leichter deutschrechtliche Institute nachweisen lassen. Zugleich offenbart sich aus ihrer Veränderung bei der Mischung sächsischer und römischer Rechtsgedanken deutlich die Tendenz Carpzovs. Auch sind auf diesem Gebiet von deutschrechtlicher Seite schon Werke vorhanden, die die dogmengeschichtlichen Grundlagen erarbeitet haben. Denn diese auch nur in kürzester Form hier zu behandeln, ist ebenso wegen der Fülle der Streitfragen unmöglich, wie es auch außerhalb des Themas liegt. Eine Darstellung des Ehegüterrechts in dogmengeschichtlicher Form ist nur deshalb erforderlich, um Carpzovs Methode im Verhältnis zu den Rechtsquellen zu erforschen. Einen Beitrag zur Dogmengeschichte des Ehegüterrechts zu liefern, ist nicht beabsichtigt. Zu den zahlreichen Streitfragen ist daher nicht Stellung genommen worden.

Es konnte auch davon ausgegangen werden, daß die zusammengefaßte Darstellung dieses - bei Carpzov wichtigen und umfangreichen - Spezialgebietes ein allgemeines Urteil über Carpzovs Methode erlauben werde, da eine methodische Abweichung aus sachlichen Gründen bei anderen Gebieten nicht zu erwarten steht. Der Aufbau der folgenden Darstellung ist in keiner Weise bei Carpzov vorgebildet; er hält sich jedoch in der Einteilung an das durch Carpzovs Lehre geschaffene System. Das bedeutet, daß nicht alle Fragen geklärt werden können,

1) Wieacker, PrRG S.121.

die von Interesse wären, da Carpzov nicht vollständig ist. Nur das dogmengeschichtliche Interesse hätte zu einer Ergänzung durch Vermutungen oder Konstruktionen Anlaß geben können. Es mußte aber hier hinter dem anderen Ziel der Untersuchung zurückstehen. Deshalb ist auch manches kurz gefaßt, das Carpzov eingehend erörtert hat, das aber für das Thema keinen Aufschluß bot. Anderes dagegen mußte breiter ausgeführt werden, als die Carpzovsche Kürze erwarten läßt, um in seiner Darstellung die Verquickung von verschiedenen Rechtsformen aufzuzeigen.

A. Das eheliche Güterrecht unter Lebenden

I. Die Vermögensmassen

Zwei Quellen bestimmen das eheliche Güterrecht gleichermaßen: Das Gesetz und die Vereinbarung, der Ehevertrag. Die gesetzliche Regelung ist nur Auffangtatbestand, wenn vertraglich nichts anderes vereinbart ist - "quia conventio dat legem contractui"²⁾: Doch dürfen die vertraglichen Bestimmungen nicht den guten Sitten oder nicht-dispositivem Recht zuwiderlaufen³⁾. Die gesetzliche Regelung bestimmt besonders die abstrakte Einteilung des Vermögens in verschiedene Massen; Verträge können in diesem Rahmen die Vermögensverhältnisse konkret ausgestalten, indem sie entscheiden, welcher Gegenstand dieser oder jener Masse zuzuweisen ist. Daher muß zunächst auf die Vermögensmassen und ihre rechtliche Zuweisung eingegangen werden.

1. Grundsätzlicher Standpunkt

Wo Carpzov die Einteilung der verschiedenen Vermögensmassen behandelt, durchdringen sich bei ihm römische und deutsch-rechtliche Gedanken und schaffen ein System, das in sich wohl geschlossen, in den Einzelheiten aber manchmal undurchsichtig ist.

2) Def. 3,25,13,3.

3) Def. 2,43,1,5f.

Das römische Prinzip der Gütertrennung⁴⁾ bestimmt scheinbar das Bild. Es gibt Güter des Mannes und Güter der Frau, die nach Dos und Paraphernalien getrennt werden. Indessen degradieren Einschübe deutschrechtlichen Charakters das römische System in vielen Punkten zur bloßen Formsache. Auch das deutsche Recht ging von dem Grundsatz aus, daß der Eheschluß die rechtliche Zuordnung der Güter nicht ändere⁵⁾. Dennoch differenziert der Sachsenspiegel nicht grundsätzlich nach Mannes- und Frauenvermögen, sondern nach Mobilien und Immobilien⁶⁾. Diese Unterscheidung hat im römischen Recht nur untergeordnete Bedeutung⁷⁾. Der Sachsenspiegel dagegen hat sie zum Ausgangspunkt wichtiger Rechtsfolgen genommen, die sich bei der Gerade und der Mobiliarerbfolge des Mannes aufs Deutlichste ausprägen⁸⁾. Auch Carpzov ist sich dieses Gegensatzes bewußt, vermag jedoch nicht, ihn nahtlos mit den römischen Gedanken zu verschmelzen. Das zeigt sich erstmals bei der Frage nach dem Eigentum an den Mobilien. Während für die Immobilien unzweifelhaft feststeht, daß der Eheschluß auf das Eigentum an ihnen keinen Einfluß habe⁹⁾, ist dies bei den Mobilien zweifelhaft. So sagt Carpzov mehrfach, daß die Mobilien der Frau schon zu ihren Lebzeiten Eigentum des Mannes seien¹⁰⁾. Doch sind ersichtlich sämtliche Ausführungen sonst auf dem gegensätzlichen Standpunkt aufgebaut, daß nämlich die Frau Eigentümerin ihrer Mobilien bleibe¹¹⁾. Wo Carpzov dem Mann Eigen-

4) Kaser I S.281.

5) Die Frage ist für die Gerade einerseits, die Mobilien andererseits streitig (s.unten Anm.13 u.84).

6) v.Martitz S.116.

7) Veräußerungsverbot für das Dotalgrundstück - C 5,13,1,15.

8) In der rechtshistorischen Literatur ist dazu vieles streitig (vgl. Anm.5).

9) Carpzov sagt das nirgends ausdrücklich; es ergibt sich aber aus einzelnen verstreuten Bemerkungen.

10) Einige Beispiele:

a) Def. 3,25,6,1 "Errant certe, qui putant, in foro Saxónico competere marito proprietam bonorum uxoris adhuc viventis." Das ist ganz allgemein gesagt. Wäre Carpzov das Eigentum des Mannes an den Mobilien selbstverständlich gewesen, hätte er diesen Satz zumindest so nicht schreiben können.

b) Def. 3,25,6,2. Carpzov sagt zu der Stelle Ssp 1,31,1 "Nec enim verba haec proprietatem denotant."

c) Def. 3,22,6,9. Hier ist die Rede von den Hochzeitsge-

tum an den Mobilien der Frau zuspricht, begründet er diese Behauptung aus dem Sachsenspiegel¹²⁾. Danach fällt dem Mann nach dem Tod der Frau ihr Mobiliarvermögen zu, das sie aus diesem Grunde auch nicht ohne seine Zustimmung veräußern kann - ausgenommen die Gerade.

Dieser Widerspruch in Carpzovs Ausführungen rührt einmal daher, daß er sich die Begründungen für seine Entscheidungen ohne dogmatische Rücksichten wählt. Er zeigt aber zum anderen ganz deutlich, daß sich Carpzov seiner Sache nicht sicher war. Für wen es unzweifelhaft feststeht, daß der Mann Eigentümer der Mobilien der Frau ist, der wird nie die entgegengesetzte Meinung vertreten können. Es wäre aber nicht angebracht, Carpzov aus diesem Schwanken einen Vorwurf zu machen. Der Sachsenspiegel sagt zur Eigentumsfrage nichts. Auch die Gelehrten, die das Problem in neuerer Zeit behandelt haben, sind uneins¹³⁾. Bei Carpzov muß die Unsicherheit doppelt stark gewesen sein. Vom römischen Recht her strikte Gütertrennung gewohnt, mußte ihm ein durch den Eheschluß herbeigeführter selbsttätiger Eigentumsübergang Bedenken erwecken. Andererseits legten die Regeln des deutschen Rechts in scharfem Kontrast hierzu eine solche Annahme sehr nahe; wie sollte man beide verbinden? Es scheint, als ob Carpzov sich grundsätzlich für das Eigentum der Frau, also für das römische Prinzip entschieden hätte. Völlige Klarheit aber ist über seine Auffassung nicht zu erlangen. Er hat den Satz vom Eigentum des Mannes aus der Sachsenspiegel-Glosse¹⁴⁾ übernommen, so daß man vielleicht davon

11) (Forts.) schenken, die zu der Frau "ceu proprium patrimonium pertinere".

d) Def. 3,7,4,1. Es geht um die Frage, ob die Frau durch das gesetzliche Erbrecht des Mannes nicht der Testierfreiheit beraubt werde. Wenn man hier nicht Mobiliareigentum der Frau unterstellt, wird die ganze Definition sinnlos, da die Frau sonst gar keine Mobilien besäße, über die sie testieren könnte.

e) Def. 3,7,7,1.- Im Zusammenhang dieser Definition ist der beigelegte Schöffenspruch bezeichnend, wo es heißt: ".... so hat sich der Ehemann /ehe und zuvor das Weib verstorben/ solcher seines Weibes Mobilien eigenthumblich anzumaßen nicht Fug/..."

12) Ssp. 1,45,2; 3,76,2.

13) Schröder (S.320) behauptet Eigentum des Mannes an den von der Frau eingebrachten Mobilien, ihm folgend Behre (S.5f). Agricola (S.214ff) und v.Martitz (S.287ff) beharren auf dem Gegenteil.

14) Landr. 1,31 Tunc omnia ejus bona.

ausgehen darf, es handle sich nur um ein gerade für eine Begründung passendes Zitat, das seiner eigenen Auffassung sonst nicht entsprach.

Sicher ist, daß Carpzov keine gemeinsame Berechtigung der Ehegatten - sei es in der Form des Miteigentums oder der Gesamthand - angenommen hat. Die Sachsenspiegel-Stelle "man unde wif ne hebben nen tweit gut to erme live"¹⁵⁾ versteht er nur als Definition des ehemännlichen Nießbrauchs¹⁶⁾. Zwar leitet er daraus auch den gemeinsamen Besitz der Ehegatten am gesamten beiderseitigen Vermögen her¹⁷⁾, doch soll die Frau andererseits nur "jure familiaritatis" besitzen¹⁸⁾. Diese römische Formel bedeutet zwar die Ablehnung eines Besitzrechts, findet aber bei Carpzov stets im umgekehrten Sinne Verwendung. Daß die Vorstellung von gemeinsamem Besitz den Pandekten gleichfalls zuwiderläuft¹⁹⁾, ist Carpzov nicht zum Bewußtsein gekommen. Dieser gemeinsame Besitz soll indessen nicht als "societas" der Gatten verstanden werden²⁰⁾. Carpzov verwirft diese Auffassung, obwohl sie dem deutschrechtlichen Genossenschaftsgedanken im Ehegüterrecht entgegenkäme, der sich gerade hier auswirkt²¹⁾. Für seine Auffassung beruft sich Carpzov auf die Sachsenspiegel-Glosse, in der es heißt: "Et licet hic tectus dicat, virum et uxorem habere sua bona communia, non tamen ideo talia bona fiunt mariti propria sed semper salua manent uxori"²²⁾. Man hat hier vielleicht die Umgestaltung der deutschrechtlichen Vorstellung einer mehrfachen Gewere von Mann und Frau an dem Frauenvermögen anzunehmen^{22a)}. Das Verständnis dafür aber, daß die zweifache Gewere nur wegen des verschiedenen Inhalts der Berechtigung möglich war²³⁾, ging bis zu Carpzov

15) Ssp 1,31,1.

16) Def. 2,13,22,4; Jur Foem 1,3,6ff.

17) Def. 2,25,8,1ff bes.4.

18) Def. 2,25,8,1 - D 41,2,41.

19) Savigny, Das Recht des Besitzes, Wien 1865, 7. Aufl. S. 173ff.

20) Def. 3,25,8.

21) Vgl. Agricola S. 159 - Diesen Genossenschaftsgedanken hat Carpzov in der Form der "societas" aber dennoch in Def. 3,22,1,10 anerkannt, wo er die gleichmäßige Verteilung der Hochzeitgeschenke damit begründet.

22) Ssp-Gl. lat. lit. a). - Die Frage, ob diese Stelle Ssp. 1,31 so verstanden werden kann, ist zweifelhaft. Vgl. v. Martitz S. 130f, dagegen Agricola S. 200f.

22a) Vgl. Ssp-Glosse deutsch am Anf. 23) Agricola S. 138f, 159ff.

notwendig deshalb verloren, weil die römische Besitzlehre nicht das Recht zum Besitz mit dem Begriff des Besitzes verband. So entscheidet aber das deutsche Recht hinsichtlich der Gewere²⁴⁾. Von dieser Voraussetzung her mußte Carpzov bei einer Umdeutung von Gewere in Besitz zu der nach römischem Recht falschen Auffassung von mehrfachem, gleichstufigem Besitz gelangen.- Wenn auch die uneingeschränkte Gleichsetzung von Besitz und Gewere das rechte Verständnis des deutschen wie des römischen Begriffs vermissen läßt, so ist doch auch an dieser Stelle der deutsche Einfluß unverkennbar.

Der Mitbesitz ist das einzige "Recht", das der Frau am Gute des Mannes zukommt. Dies muß man daraus schließen, daß bei Carpzov vom Vermögen des Mannes so gut wie gar nicht die Rede ist. Das eheliche Güterrecht wird, wie im Sachsenspiegel, mehr als ein Güterrecht der Ehefrau als beider Ehegatten aufgefaßt. Das Vermögen des Mannes wird von der Ehe so wenig berührt, daß Carpzov eine gründliche Behandlung gar nicht in den Sinn kam.-

Neben der deutschrechtlichen Unterscheidung nach Mobilien und Immobilien steht, sie überkreuzend, die Einteilung nach Sachgruppen. Auch hier werden deutsches und römisches Recht völlig ineinander verwoben, obwohl ihre grundsätzlichen Verschiedenheiten gerade hier erhellen. Carpzov verbindet Dos und Parapherna wie selbstverständlich mit Gerade und Morgengabe. Die Abwandlungen, die den Instituten damit aufgezwungen werden, gehen, vom Ergebnis her gesehen, mehr zu Lasten des römischen als des deutschen Rechts.

2. Die Dos

Carpzov teilt die Güter der Frau in Dos, Paraphernen und das Sondergut. Dabei entspricht die Regelung der Dos weithin den Vorstellungen des römischen Rechts. Sie ist die "Mitgift",

24) Gierke PrR II 189f.

das "Ehegeld" oder der "Brautchatz"²⁵⁾, den der Vater der Tochter mitzugeben verpflichtet ist²⁶⁾, damit sie einen Ehemann finde, der sie achtet²⁷⁾, und dieser eine Unterstützung habe, die Lasten der Ehe zu tragen²⁸⁾; dies letzte ist der Hauptzweck der Dos²⁹⁾. All das entspricht römischer Auffassung bis in die Einzelheiten hinein: im römischen Staat hatten nur Konkubinen keine Dos, die undotierte Ehe erschien daher als minderwertig³⁰⁾. Deshalb auch die Begründung bei Carpzov "Daß er sie achte", obwohl die dahinter stehende Gedankenverbindung für ihn natürlich keine Bedeutung mehr haben konnte, da der Konkubinat längst kein Rechtsinstitut mehr war.

Wenn die Dos erst versprochen, doch noch nicht geleistet ist, so steht dem Ehemann an den Gütern der Frau oder des Schwiegervaters dafür eine hypotheca tacita zu³¹⁾. Diese Entscheidung wird man auch auf außenstehende Dritte erstrecken dürfen, die gleichfalls eine Dos bestellen können³²⁾. - Zur Bestellung der Dos genügt das Versprechen³³⁾, einer tatsächlichen Hingabe bedarf es nicht³⁴⁾. Daraus folgert Carpzov, daß der Schwiegervater, der eine Dos nicht versprochen hatte, nach dem Tod der Tochter auch nicht mehr auf Bestellung verklagt werden kann³⁵⁾. Die Dos hat nur Bestand, wenn die Ehe zu Stande kam³⁶⁾. Was dabei von dem Einbringen der Frau als

25) Resp. 5,116,2ff - Hier auch die Abgrenzung zur "Aussteuer" und "väterlichen Hülfe", Die Aussteuer umfaßt alle Gegenstände, die die Braut in die Ehe mitbringt, seien sie Dotalgut oder nicht. Die "väterliche Hülfe" wird als zinsloses Darlehen des (Schwieger-)Vaters zur Unterstützung des Haushaltes des jungen Ehepaares aufgefaßt. Der Charakter als "Darlehen" ermöglicht die Rückforderung.

26) Dec. 16,2 - D 23,2,19.

27) Def. 2,42,12,1.

28) Dec. 16,3.

29) Resp. 5,116,2 - D 23,3,56,1.

30) Koschaker "Unterhalt der Ehefrau und Früchte der Dos" Studi Bonfante IV, Milano 1930 S.4.

31) Dec. 57,20 - C 5,13,1,16.

32) Def. 2,42,14,1; Def. 3,23,4,3.

33) Def. 3,23,3,9; Dec. 16,6.

34) D 23,3,41 pr.

35) Dec. 16 LS.

36) Def. 2,24,1,5- D 23,3,21.

Dotalgut, was als Paraphernalgut zu gelten hat, hängt von der Bestimmung im Ehevertrag ab³⁷⁾. Im Zweifel gilt das Frauengut als Paraphernalvermögen³⁸⁾. Soweit entspricht alles dem römischen Recht. Eine Abweichung ergibt sich aber beim Eigentum an der Dos.

Carpzov hat sich mit dieser Frage mehrfach befaßt und sich schließlich zu der Auffassung durchgerungen, daß die Frau Eigentümerin sei³⁹⁾, während dem Manne nur der Nießbrauch zukomme⁴⁰⁾. Die Frage ist für das römische Recht heute noch nicht mit voller Sicherheit geklärt; doch neigt die überwiegende

37) Def. 2,16,11.

38) Def. 1,28,87,3.

39) Def. 2,42,19,21; Resp. 6,50,1; Dec. 57,16ff; Jur Foem 5,3,23ff.

40) Def. 2,42,19,20; Resp. 6,50,3.

Die Stellen lauten:

Def. 2,42,19,20f: (fast wörtl.gleichlautend Jur Foem)

"Rectius fovran dicitur, maritum legis autoritate haberi ac esse dominum rerum dotalium, quoad effectum vindicationis ac jus utendi-fruendi.... mulierem vero jure naturali"

Resp. 6,50,1 und 3 (wörtl. gleichlautend Dec. 57,16ff):

"Non facile quisquam negaverit, uxorem dotis dominam esse Nimirum, maritus in dote saltem habet jus utendi-fruendi propter onera matrimonii... Domina vero ipsamet uxor manet."

Aus der ersten Stelle scheint sich der Schluß zu ergeben, daß der Mann eben doch voll Eigentümer sei, soweit es um gewisse Rechte geht. Aus anderen Stellen muß aber gefolgert werden, daß Carpzov dem Mann nur ein Nießbrauchsrecht zusprechen will. So sagt er schon in Def. 2,42,19, 10: "Dominus vero non est, qui saltem habet jus utendi-fruendi." Die Erklärung der Zwiespältigkeit des Corpus Juris in num 20f begegnet daher von vornherein Bedenken.- Den deutlichen Beweis dafür, daß er das Recht des Mannes aber nur als einen Nießbrauch versteht, liefert er in Def. 3,25,12,3:

"Nec enim maritus in fructibus uxoris ullum jus habet, si eos percipere noluerit ad instar usufructuarii, qui sola perceptione fructus lucratur."

Hätte Carpzov den Mann wenigstens hinsichtlich des Fruchtziehungsrechtes als Eigentümer ansehen wollen, so hätte der Ehemann unmittelbar das Eigentum an den Früchten erwerben müssen. Er erwirbt aber erst mit der Perzeption - ad instar usufructuarii. (Vgl. auch unten im Text II 1).

Auffassung zu der Annahme, daß Eigentümer der Dos der Ehemann gewesen sei⁴¹⁾, wenn auch Justinian sein Recht zu einem bloßen Formaleigentum abgeschwächt habe, dessen Inhalt über einen Nießbrauch kaum hinausreichte. Aus der Sicht Carpzovs kann man sagen, daß er der heutigen Auffassung am nächsten kam, als er der Frau das dominium directum, dem Mann aber das dominium utile zuwies⁴²⁾. Diese Auffassung entsprach zwar nicht dem römischen Recht⁴³⁾, lag aber auf der Linie der zeitgenössischen Wissenschaft. Allerdings gibt es auch eine Stelle, in welcher Carpzov das Eigentum ohne Einschränkung dem Mann zuschreibt⁴⁴⁾. Dort geht es darum, daß die Frau während bestehender Ehe sich nicht gegen eine Verschlechterung der Dos habe zur Wehr setzen dürfen, weil eben das Eigentum dem Manne zugestanden habe. Diese verblüffende Ausnahme der sonst konsequent eingehaltenen Auffassung⁴⁵⁾ ist wohl daraus herzuleiten, daß nach Sachsenrecht "das Weib des Mannes Gabe nicht widersprechen" darf, sie sei recht oder unrecht⁴⁶⁾. Denn der Mann hat ein unbeschränktes Verfügungsrecht über das Frauengut. Wäre Carpzov seiner Auffassung vom Eigentum der Frau am Dotalgut treu geblieben, so hätte er der Frau ein Widerspruchsrecht gegen die Verfügung des Mannes oder einen Vindikationsanspruch gegen den Erwerber zugestehen müssen. Beides wäre dem deutschen Recht zuwidergelaufen. Um den deutschen Rechtsgedanken durchzuführen, wich Carpzov von seiner sonstigen Auffassung ab. Paradoxerweise kam er gerade dadurch zu der richtigeren Vorstellung vom Eigentümer der Dos.

Eine Ausnahme vom Eigentum der Frau an der Dos läßt Carpzov nur in jenen Fällen zu, wo ein geschätzter Gegenstand zur Dos gegeben wurde. Da die Schätzung des beweglichen oder unbeweglichen Gegenstandes ihn einem verkauften gleichstellt, fällt

41) Kaser II S.128.

42) Jur Foem 5,3,23 und 31.

43) Kaser II S.128, Anm.5.

44) Def. 3,20,33,4.

45) Einen weiteren Fall siehe A III 3, zu Anm.176.

46) v. Martitz S.137f.

er voll und endgültig ins Eigentum des Mannes⁴⁷⁾. Allein dieser trägt daher die Gefahr⁴⁸⁾. Wenn diese Stellen auch alle dem römischen Recht entstammen, haben sie durch Carpzovs Auffassung vom grundsätzlichen Eigentum der Frau an der Dos doch eine viel weitergehende Bedeutung erhalten, als ihnen ursprünglich zukommt. Denn da nach reinem römischen Recht der Mann ohnehin Eigentümer der Dos ist, konnte die Aestimatio allein den Sinn haben, daß der Mann statt der Rückgabe der Dotalgüter nur auf einen bestimmten Kaufpreis verpflichtet war und nicht für die Rückgabe haftete⁴⁹⁾. Bei Carpzov aber führt die Aestimatio erst den Eigentumsübergang herbei.

3. Die Paraphernalien

Neben die Dos tritt das Paraphernalgut, deutsch "Einbringen" genannt⁵⁰⁾. Es sind jene Güter, die die Frau dem Mann einbringt, ohne daß sie zur Dos gehören⁵¹⁾. Der Unterschied der Paraphernalien zu den Dotalgütern ist, weil auch die Paraphernalien dem Mann als eingebrachtes Gut zur Verwaltung und Nutzung zufallen, nicht mehr groß. Im römischen Recht konnten sie (aber mußten nicht) der Verwaltung des Mannes entzogen sein; vertraglich hätte anderes vereinbart werden können⁵²⁾. Wenn in der sächsischen Praxis beide Güterkomplexe gleichermaßen kraft Gesetzes dem Verwaltungsrecht des Mannes unterstellt wurden, so entsprach dies dem deutschrechtlichen Grundsatz, daß alle Güter der Frau in des Mannes Gewere fielen. Damit war aber zugleich die Unterscheidung der Dotal- und Paraphernalgüter fragwürdig geworden.

4. Das Sondergut

Neben Dotal- und Paraphernalgütern steht das Sondergut. Daß Carpzov es kaum erwähnt, läßt darauf schließen, daß es die

47) Def. 2,42,21,- D 23,3,69,8; D 23,3,10, 5 a.E.

48) Def. 2,42,21,2ff - C 5,13,1,9 c, a.E.

49) C 5,12,5.

50) Resp. 5,116,3.

51) Def. 2,16,10,1.

52) Gerner ("Beiträge zum Recht der Parapherna": Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte. München 1954) S.60.

sächsischen Obergerichte nicht sehr häufig beschäftigt hat. Es galt auch als Ausnahme von der sächsischen Güterrechtsordnung⁵³⁾. - Einen eigenen Namen hat Carpzov dafür nicht; der Ausdruck "bona receptitia"⁵⁴⁾ findet sich nicht. Er definiert das Sondergut folgendermaßen: "(bona alia), quae non paraphernalia dicuntur, utpote quae mulier marito administranda non commiserit, sed sibi reservavit"⁵⁵⁾. Es ist also von einem vorbehaltenen Gut die Rede⁵⁶⁾. Daher erstaunt es, daß Carpzov auch die Gerade dazu zählt⁵⁷⁾, handelt es sich doch bei ihr um eine gesetzlich bestimmte Sachgesamtheit⁵⁸⁾. Mit der Begründung, daß sich die Frau daran Nutzung und Verwaltung "vorbehalten" habe, ist nicht viel gewonnen, da das nicht für jene Güter gelten kann, die aus dem Mannesvermögen in die Gerade kommen.

Das Institut des Sondervermögens ist aus dem Rechtskreis des Weichbildes entwickelt worden. Es scheint von Magdeburg ausgegangen und dann von den Leipziger Schöppen übernommen worden zu sein⁵⁹⁾. Wenn Carpzov es auch nicht häufig erwähnt, so doch mit großer Selbstverständlichkeit. Es war wohl so eingebürgert, daß es ihm als Abweichen vom Sachsenspiegel gar nicht mehr auffiel.

5. Die Gerade

Große Bedeutung erhält das Sondergut aber in der Gestalt der Gerade. Das Geraderecht stellt gewissermaßen das Kernstück des sächsischen Güterrechts dar und wird von Carpzov breit behandelt. Auf rein deutschrechtlicher Wurzel gewachsen, ist es seiner Eigenheit wegen, die im römischen Recht keine Entsprechung zu finden vermochte, in seiner Ausgestaltung (nicht in der Konstruktion) auch bei Carpzov von römischen Rechtsvorstellungen unberührt geblieben. So läßt sich hier die rein

53) v. Martitz S.281f.

54) Gerner S.78f.

55) Def. 2,24,4.

56) ebenso in Def. 1,28,90,1.

57) Def. 2,24,4,4.

58) Ssp. 1,24,3.

59) v. Martitz S.280.

deutschrechtlich bestimmte Veränderung des Sachsenspiegels erkennen. Eine Definition der Gerade vermag Carpzov nicht zu geben⁶⁰⁾. Er erspart sich auch die Aufzählung der einzelnen dazu gehörenden Gegenstände⁶¹⁾. Zwar verweist er noch auf Sachsenspiegel 1,24,3, muß aber eine weitgehende Änderung durch Statutarrecht anerkennen⁶²⁾. Näher werden nur einzelne hier uninteressante Streitfragen behandelt, die die Zugehörigkeit zur Gerade betreffen⁶³⁾. Als gemeinsames Kennzeichen aller Geradestücke nennt er lediglich, daß sie nach dem Tode der Frau der nächsten weiblichen Verwandten (Niftel) zufallen⁶⁴⁾ - dies ist aber in Wahrheit kein Kennzeichen, sondern bereits eine Folge der Einordnung - und daß sie im Besitze der Ehefrau gewesen sein müssen⁶⁵⁾. Carpzov leitet diese Lehre aus Art.23 des Weichbilds her und steht damit auf dem Boden einer seit dem 14.Jahrhundert weit verbreiteten Beschränkung des Geraderechts, die in dieser Form erstmals in einer Willkür der Stadt Magdeburg zum Ausdruck kam⁶⁶⁾.

Diese neue Art der Begrenzung des Umfangs der Gerade - nicht nur nach den Gegenständen sondern auch nach dem Besitz - läuft dem Recht des Sachsenspiegels schroff zuwider. Dieser hatte die Gerade nur nach den abschließend aufgezählten Gegenständen bestimmt: Kasten mit gewölbten Deckeln beispielsweise konnten eben nur zur Gerade gehören. Dem entsprach einst auch die Regelung des Weichbilds⁶⁷⁾. Dann aber wurde die Zuweisung eines Gegenstands zur Gerade oder zum Erbgut davon abhängig gemacht, in wessen Besitz die Sache gefunden wurde. Dem schließt sich Carpzov an. War die Sache im Besitz der Frau, muß sie der Gerade, war sie im Besitz des Mannes, muß sie dem Erbe zugerechnet werden⁶⁸⁾ - ihre Eigenschaft wechselt also je nach Besitz⁶⁹⁾. Besitz heißt bei Carpzov "vera et justa

60) Def. 2,14,25,4.

61) Def. 2,14,25,3; Resp. 1,95,2.

62) Def. 2,14,25,4.

63) Def. 2,14,26ff; Resp. 1,95.

64) Def. 2,14,25,7.

65) Resp. 1,94,1; Def. 2,14,25,8.

66) v.Martitz S.323ff, Anm.13. Hier ist die Willkür abgedruckt, bes. § 2.

67) v.Martitz S.320.

68) Jur. Poem 6,2,4ff; Def. 2,14,27,6.

69) Don Ger. 2,77f.

possessio, quae fit animo rem sibi habendi, eaque ceu Gerada utendi"⁷⁰⁾. Aus diesem Besitzbegriff ist der Satz zu erklären, daß die Gerade zwar im Besitz des Mannes sein, aber doch im Eigentum der Frau stehen könne⁷¹⁾. Es muß dabei wohl davon ausgegangen werden, daß dem Mann der Eigenbesitzwille gefehlt habe, er also (mit einem römischen Begriff) nur Detention hatte.

Das Prinzip des Sachsenspiegels wird aber noch weiter durchbrochen. Der gemeinrechtlich überkommene⁷²⁾ Satz, daß das Eigentum aus dem Besitz vermutet werde⁷³⁾, legte es nahe, der Frau auch das Eigentum an den in ihrem Besitz befindlichen Geradestücken zuzusprechen⁷⁴⁾. Dies erscheint Carpzov um so plausibler, als die Frau nach dem Sachsenspiegel beim Tode des Mannes ohnehin die Geradestücke erhalten soll⁷⁵⁾ - vorausgesetzt, daß sie dauernden Besitz daran hatte⁷⁶⁾. Damit wird fragwürdig, inwiefern die Gerade der Frau beim Tode des Mannes "beneficio legis et peculiari juris Saxonici dispositione"⁷⁷⁾ zukommen soll; fällt ihr doch nur an, was sie bereits in Eigentum und Besitz hatte. Hier zeigt sich die Bruchstelle zum System des Sachsenspiegels. Aber die Differenz ist nicht so groß, wie es zunächst erscheinen mag. Das Vorrecht der Frau ist nur zeitlich vorverlegt: statt erst beim Tode des Mannes erhält sie nun schon zu Lebzeiten das Eigentum, wenn sie den Besitz erwarb. Zweifelhaft bleibt nur das Schwancken des Eigentums. Da es theoretisch denkbar ist, daß der Besitz zwischen Mann und Frau mehrfach wechselt, muß man schließen, daß auch das Eigentum jeweils übergeht - eine wenig überzeugende Vorstellung.

Die Folgerungen aus dieser veränderten Auffassung von der Gerade sind zwar sicher wirtschaftlich von großer Bedeutung,

70) Jur Foem 6,3,44f.

71) Def. 1,28,94.

72) Kaser II S.178 und 182 leitet ihn aus dem römischen Vulgarrecht ab; H.Kiefner "Qui possidet, dominus esse praesumitur" ZSSr rom.Abt. Bd.79 S.239ff hält ihn für eine Schöpfung erst der mittelalterlichen Jurisprudenz - weder römischen noch germanischen Inhalts (306).

73) Def. 2,14,25,9; Resp. 1,1,5.

74) Don Ger 2,3ff.

75) Ssp. 3,76,1- Def. 3,20,35.

76) Def.2,14,28 LS, Don Ger 1,11. 77) Don Ger 2,5.

weniger aber dogmatisch. Daß Carpzov Besitz der Frau annimmt, würde zwar dem gemeinsamen Besitz der Ehegatten am ehelichen Vermögen zuwiderlaufen, man kann aber ohne Bedenken eine Ausnahme unterstellen, wenn man nicht gar annehmen will, daß hier das - freilich streitige - deutschrechtliche Prinzip von der Sondergewere der Frau an der Gerade fortwirke⁷⁸⁾. Von seiner Auffassung her ist es für Carpzov auch konsequent, eine Erbenstellung der Frau zu verneinen. Er spricht stets nur von einem beneficium legis, kraft dessen die Frau die Gerade nimmt⁷⁹⁾. Nur bleibt dunkel, warum dies Beneficium erst mit dem Tod des Mannes eintreten soll, obwohl der Frau vorher schon Eigentum und Besitz der Geradesachen zusteht.

Man könnte geneigt sein, diese Aushöhlung des Geraderechts auf die Niftelgerade zu beschränken und für die Witwengerade am alten Prinzip des Sachsenspiegels festzuhalten. Dem steht aber Carpzovs ausdrückliche Erklärung entgegen, daß sich beide Arten der Gerade nicht unterscheiden⁸⁰⁾. Er erkennt nur den ganz anders gearteten Unterschied zwischen der Gerade der bürgerlichen und der adligen Frau an. Dieser besteht allein darin, daß bei der adligen Frau zu der Gerade auch die weiblichen Enten und Gänse und der Wagen gehören, auf dem die Frau fuhr, während diese Gegenstände der bürgerlichen nicht zustehen⁸¹⁾.

Beim Geraderecht zeigen sich also genau dieselben Schwierigkeiten, wie sie schon anläßlich der Frage nach dem Eigentum des Ehemannes an den Mobilien der Frau auftauchten. Das Problem liegt auch in beiden Fällen ganz gleich: der Sachsen Spiegel spricht dem einen Ehegatten einen besonderen Vorteil aus dem Vermögen des anderen zu. Damit ergibt sich die Frage nach der rechtlichen Konstruktion dieses Vorteils. Der einfachste Weg ist die Annahme des Eigentums. Ihn ist Carpzov gegangen, gestützt auf die Vermutung aus dem Besitz. Ihm konnte dieser Weg auch als der beste erscheinen, denn auf ihn

78) Vgl. Kiesel S.96.

80) Def. 2,14,22.

79) Statt vieler Don Ger 2,5.

81) Def. 2,14,24,6ff.

ließ sich die - stadtrechtliche beeinflusste - Beschränkung der Gerade auf die im Besitz der Frau befindlichen Sachen nahtlos mit der Eigentumsvermutung verbinden. Die rechtshistorische Wissenschaft hat auch hier eine einheitliche Linie nicht zu finden vermocht⁸²⁾. - Carpzov scheint sich seiner Sache wieder nicht sicher zu sein. Dies erhellt daraus, daß er manchmal von Geradestücken im Eigentum des Mannes ausgeht⁸³⁾ und sie der Frau beim Tod des Mannes "tamquam ex bonis suis propriis" zuspricht⁸⁴⁾. Warum nur "tamquam" - "gleichwie"? Die Regelung des Geraderechts zeigt also gegenüber dem Sachsenspiegel erhebliche Unterschiede, die aus der Entwicklung des Weichbilds hergeleitet werden müssen. Indessen ist diese Fortbildung dem in sich geschlossenen System des Sachsenspiegels nicht angepaßt, sondern es zeigen sich Bruchstellen, die einzelne Ausführungen Carpzovs widersprüchlich werden lassen.

II. Nutzung und Erwerb während der Ehe

1. Das Nutzungs- und Verwaltungsrecht des Mannes

Wie die Vermögensmassen während der Ehe deutlich gegeneinander abgegrenzt sind, so ist auch ihre Behandlung während der Ehe unterschiedlich.

82) Vgl. Schröder S.323 bes. Anm.84 mit weiteren Nachweisen; Behre S.3ff.

83) Def. 3,20,27,5f. Es geht um die Pflicht der Frau beim Tod des Mannes auch Geradestücke zu konferieren, wenn sie die statutarische Portion nehmen will. "Quae certe sano sensu non nisi de Gerada uxoris propria, quam scilicet in dominio suo habet, accipi possunt ... ut ita Vidua propriam suam Geradam ab onere collationis haud eximere queat." Diese Sätze haben nur Sinn, wenn man von anderen Geradestücken ausgeht, die nicht im Eigentum der Frau stehen. Selbst wenn man nur eine Unsauberkeit der Formulierung annehmen wollte, wäre diese bezeichnend genug. Denn bei klaren Vorstellungen kann eine solche Formulierung nicht unterlaufen.

84) Def. 2,14,62,13; Def. 1,28,94,1.

Rein äußerlich gesehen, gleichen sich das deutsche und das römische Recht, was die Verwaltung und Nutzung des Mannes am Frauenvermögen anbelangt. War im justinianischen Recht zwar der Mann noch Eigentümer der Dos, so war dies Eigentum doch nur mehr eine leere Bezeichnung für die in Wahrheit auf einen Nießbrauch beschränkte Nutzungsmöglichkeit⁸⁵⁾. Da Carpzov angesichts der widersprechenden Stellen des Corpus Juris sich für das Alleineigentum der Frau an das Dos entschieden hatte, mußte er konsequenterweise das Recht des Mannes am Totalgut als Nießbrauch definieren⁸⁶⁾. Zugleich ist so die Harmonisierung mit dem Sachsenspiegel im deutschrechtlichen Sinne erreicht, da Carpzov das ehemännliche Nutzungsrecht des Sachsenspiegels gleichfalls als Nießbrauch versteht. Nur insofern wird das römische Recht verändert, als auch die Paraphernalien dem Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht des Mannes kraft Gesetzes unterworfen sind⁸⁷⁾, jenes römische Sondergut der Frau, das gerade dem ehemännlichen Nutzungsrecht entzogen sein sollte⁸⁸⁾. Carpzov ist sich dieser Differenz auch bewußt, leitet die andere Behandlung im deutschen Recht aber aus Sachsenspiegel 1,31,1 her⁸⁹⁾: hier durchbricht das deutschrechtliche Prinzip die ihm fremde Einteilung in Dos und Paraphernalien.

Das Nutzungsrecht des Ehemannes nach deutschem Recht und der römische Ususfructus werden einander gleichgestellt. Daß diese Gleichsetzung nicht berechtigt ist, ergibt sich aus einem Vergleich beider Institute⁹⁰⁾. Kraft seiner ehemännlichen Gewalt steht dem Mann im deutschen Recht eine Nutzungsbefugnis aufgrund eigenen Rechtes zu; es ist nicht einfach ein dingliches Nutzungsrecht an fremder Sache, sondern ein umfassendes Gebrauchsrecht, das aus seiner Stellung als Haupt der Familie fließt und neben dem einfachen Gebrauchs- und Fruchtziehungsrecht ursprünglich noch aus viel weiter gehenden Befugnissen bestand, die sich in abgeschwächter Form auch noch

85) Kaser II S.128.

86) Def. 3,25,6,3ff.

87) Def. 3,25,6,5f.

88) Oder konnte - vgl. Gerner (Anm.52) S.60f.

89) Def. 3,25,6,3ff.

90) Vgl. Agricola S.118ff.

bei Carpzov zeigen⁹¹⁾.

Eine wesentliche Beschränkung hat dieses Recht hinsichtlich der Dos erfahren, da der Mann der Frau entsprechend dem römischen Recht hier für dolus und culpa haftet⁹²⁾. Die Bevorzugung der Dos auf Kosten des ehemännlichen Nutzungsrechts zeigt sich auch daran, daß der Mann, der in Vermögensverfall gerät, für die Dos Sicherheit zu leisten verpflichtet ist⁹³⁾. Ja, die Frau kann die Dos sogar zurückfordern⁹⁴⁾. Doch sind die Güter dann einem Sequester zu übertragen, der die Zinsen an den Mann abführt⁹⁵⁾. Während das Recht, die Dos schon beim Vermögensverfall des Mannes zurückfordern zu können, bereits im römischen Staat galt, ist die weitergehende Befugnis, Sicherheit zu verlangen, und die Übertragung auf einen Sequester eine Übernahme aus der Kanonistik⁹⁶⁾. Das Nutzungsrecht des Mannes am Gute der Frau erfaßt alle ihre Mobilien wie Immobilien⁹⁷⁾. Bei Carpzov ist es in doppelter Weise beschnitten: nicht nur ist es gegenüber dem alten Sachsenrecht auf den schlichten Nießbrauch beschränkt, sondern auch das Sondergut der Frau ist von der Nutzung des Mannes ausgenommen. Da aber auch das Paraphernalgut dem Nutzungs- und Verwaltungsrecht des Mannes unterworfen wurde, konnte dieses römische Institut nicht mehr dazu dienen, der Frau ein Sondergut vorzubehalten, an welchem dem Ehemann kein Nießbrauch zustand. Deshalb schuf sich das Stadtrecht in den bona receptitia ein dem römischen Paraphernalgut nach Sinn und Zweck gleichstehendes Gebilde, das indessen allein deutschrechtlicher Natur ist. Das Sondergut unterliegt dem Recht des Mannes nicht⁹⁸⁾, denn die Frau hat es sich vertraglich zur eigenen Nutzung und Verwaltung vorbehalten⁹⁹⁾. Dahin ist auch die Gerade zu rechnen; an ihr hat der Mann gleichfalls weder Nutzungs- noch Verwaltungsrecht¹⁰⁰⁾. Das steht der Regelung des Sachsenspiegels entgegen; dieser hatte auch

91) Verfügungsbefugnis, s. A III 3.

92) Def. 2,42,19,24. Resp. 6,50,18-D 25,5,17; 24,3,25,1.

93) Jur Foem 5,2,19.

94) Def. 1,28,69,2; Def. 2,24,9,4f; D 24,3,24, pr; C 5,12,29.

95) Jur Foem 5,2,27.

96) Decretal 4,20,7; Sicherheit auch schon in Nov. 97,6.

97) Vgl. Agricola S.300.

98) Agricola S.145.

99) Def. 1,28,90,3; Def. 2,24,4,2 und 4.

100) Don Ger 2,59ff Carpzov sieht es mehr vom Praktischen als Rechtlichen her.

die Gerade dem ehemännlichen Nutzungsrecht unterworfen¹⁰¹⁾. - Das Nutzungsrecht des Mannes bedeutet in erster Linie das Recht, die Früchte des eingebrachten Frauengutes zu ziehen. Wenn die Frau die Sachen selbst nutzt, sie dem Mann also vor-enthält, so ist sie ihm oder seinen Erben zur Rechnungslegung und Rückerstattung verpflichtet¹⁰²⁾. Das gilt nur dann nicht, wenn der Mann ihr diese Nutzung gestattete; denn dann liegt keine verbotene Ehegattenschenkung vor, weil der Verzicht auf die Ausübung eines Rechts der Hingabe nicht gleichsteht¹⁰³⁾ und Eigentum an den Früchten der Mann erst mit der Perzeption erlangt hätte¹⁰⁴⁾. Damit dringen über die Bestimmung des ehemännlichen Nutzungsrechts als Nießbrauch wieder unversehens rein römisch-rechtliche Ableitungen und Konstruktionen durch.

2. Der Erwerb während der Ehe

Nach deutschrechtlichem Grundsatz fällt alles, was Frau und Mann während der Ehe erarbeiten, ins Eigentum des Mannes¹⁰⁵⁾. Diese Regel erscheint Carpzov billig, da der Mann die Lasten der Ehe tragen muß¹⁰⁶⁾, die Frau ihm zur Arbeit verpflichtet ist¹⁰⁷⁾ und er das Haupt der Familie ist. Dieser letzte, auf den deutschrechtlichen Gedanken der rechten Vormundschaft zurückweisende¹⁰⁸⁾ eigentliche Grund wird aber überdeckt von der dogmatischen Ableitung über die Praesumptio Muciana aus

101) Agricola S.457f; vgl. aber Kiesel S.96.

102) Def. 3,25,6,7; - C 5,12,20; Carpzov zitiert D 12,6,66; D 12,6,14; D 50,17,206 - alles Verlegenheitszitate, die den allgemeinen Grundsatz des Schadenausgleiches enthalten. Die passende Stelle hat Carpzov vielleicht deshalb ausgelassen, weil sie der von ihm vertretenen Auffassung entgegensteht: sie erklärt das Rückforderungsrecht nämlich als Revokation einer verbotenen Ehegattenschenkung. Carpzovs Meinung dazu vgl. im Text.

103) Def. 3,25,12,4ff; Resp. 5,64; - D 24, 1,5,13; vgl. aber vorige Anmerkung.

104) Def. 3,25,12,3 - D 22,1,25,1; D 7,4,13.

105) Def. 3,25,9, LS - Ssp. 1,12.

106) Def. 3,25,8,6f.

107) Def. 3,25,8,5 - Nicht ganz zutreffend leitet Carpzov das aus D 38,1,48, pr.her. Dort ist nur von häuslichen Arbeiten die Rede.

108) Vgl. Agricola S.269 Anm.30.

dem römischen Recht¹⁰⁹⁾. Nach gemeinrechtlicher Auffassung rührt diese Praesumptio aus dem Recht der Ehegattenschenkung her. Danach wird vermutet, daß alles, was die Frau während der Ehe erworben hat, ihr mittels Schenkung aus dem Vermögen des Mannes zugekommen sei, so daß dieser den Erwerb vindizieren kann. Die Frau ist nach römischem Recht Eigentümerin ihres Erwerbs (so weit er nicht vom Ehemann geschenkt wurde), doch dem Manne zur "Rück"-gabe verpflichtet, wenn sie nicht beweist, daß sie das Objekt von einem Dritten erworben hatte. Die sächsische Praxis aber weitet die Vermutung dahin aus, daß der Mann das Eigentum an dem Erwerb der Frau erhalte. Die Frau wird mithin gar nicht Eigentümerin, so daß von einer Schenkungsvermutung keine Rede mehr sein kann. Der deutsche Rechtssatz hat die römische Form also völlig umgestaltet, die römische Form ist nur ein Vorwand, um den deutschen Gehalt zu bewahren¹⁰⁸⁾.

Mit leicht veränderten Folgen kennt Carpzov die Praesumptio aber auch noch in ihrer ursprünglichen Form. Hat die Frau während der Ehe auf ihren Namen ein Grundstück erworben, so wird vermutet, daß der Kaufpreis aus dem Vermögen des Mannes stamme¹¹⁰⁾. Der Mann hat also ein Rückforderungsrecht auf den Kaufpreis, nicht aber auf das Grundstück¹¹¹⁾, da dieses ins Eigentum der Frau übergegangen ist¹¹²⁾. Dies deshalb, weil es nicht erarbeitet ist, sondern aus dem bereits vorhandenen Vermögen gekauft. Die Praesumptio Muciana kann also nicht die Funktion haben, wie beim Arbeitserwerb. Dennoch ist sie auch jetzt nicht in reiner Form verwirklicht. Denn der Anspruch, der hier geltend gemacht wird, ist in Wahrheit gar nicht der Vindikationsanspruch gemäß der praesumptio Muciana, sondern ein Bereicherungsanspruch wegen Verwendung fremden Vermögens¹¹³⁾.

Die Praesumptio wiese dahin, daß das Grundstück aus dem Ver-

109) Def. 3,25,8,4 - D 24,1,51.- Vgl. M.Kaser "Praesumptio Muciana" in "Studi in onore di Pietro de Francisci" I, Milano 1956 S.213ff, bes.S.219.

110) Def. 3,25,11 LS 111) Def. 3,25,11,7ff.

112) Schluß aus Resp. 1,85,6f.

113) C 4,50,1 nennt Carpzov auch als Anspruchsgrundlage.

mögen des Mannes stamme; der Anspruch müßte deshalb auf die Herausgabe des Grundstücks gehen. Hier wird nur vermutet, daß das Geld aus dem Eigentum des Mannes stammte. Insoweit ist die praesumptio Muciana erhalten aber eben in einer anderen Gestalt. Der Grund für diese Abweichung liegt vielleicht in folgender Überlegung: Der Vindikationsanspruch gemäß der Praesumption geht auf eine vermutete Schenkung des Mannes zurück. Nun kann die Frau Eigentum an einem Grundstück aber nur erwerben, wenn die Auflassung vor Gericht erfolgte¹¹⁴⁾. Die Vermutung müßte also auf eine gerichtliche Schenkung gehen. Gerichtliche Schenkungen aber sind gültig¹¹⁵⁾. Für eine Vindikation wäre dann kein Anlaß mehr, da eine solche nur auf ungültiger Schenkung beruht. Wenn also die praesumptio Muciana in diesem Fall nicht ganz ausgeschaltet sein sollte, so konnte man ihr nur in der Weise Geltung verschaffen, daß man den Kaufpreis des Grundstücks als geschenkt vermutete. Hier haben sich die deutsche Form der Auflassung und die römische Schenkung zur Veränderung der praesumptio Muciana verbunden.- Anzumerken ist, daß das Urteil zu Def. 3,25,11 im Gegensatz zu Carpzov auch die Herausgabe des Eigentums wahlweise neben der Verpflichtung zur Herausgabe des Kaufpreises als Lösungsmöglichkeit nennt.

Ausnahmen vom Grundsatz, daß der Mann das Eigentum an der ehelichen Errungenschaft erhalte, kennt Carpzov mehrere, Zunächst kann der Mann im Ehevertrag auf sein Recht verzichten¹¹⁶⁾. Außerdem kann er der Frau während der Ehe den Erwerb belassen. Auch seinen Erben kommt dann kein Herausgabeanspruch zu, da keine Ehegattenschenkungen, sondern nur ein Verzicht auf die Ausübung eines Rechts vorliege¹¹⁷⁾. Carpzov merkt aber wohl selbst, daß das unrichtig ist, denn der Mann erwirbt sofort ohne sein Zutun das Eigentum, nicht muß es ihm die Frau erst übertragen. Er fügt deshalb hinzu, wenn man eine Schenkung annehmen wolle, sei doch die mortis confirmatio eingetreten¹¹⁸⁾.

114) Def. 2,23,1,3

115) Def. 2,13,16,2

116) Def. 3,25,13,1

117) Def. 3,25,12 (vgl. D 24, 1,5,13 und Anm.102).

118) Def. 3,25,12. Näheres zur Schenkung A V 4.

Rein per definitionem sind vom Erwerb durch Arbeit jene Erwerbsfälle zu unterscheiden, die auf eine Substanzvermehrung schon vorhandener Gegenstände¹¹⁹⁾ - eine dem römischen Recht entstammende Einschränkung -, auf unentgeltlichem Erwerb¹²⁰⁾ und auf nachweisbarem Erwerb mit dem Geld der Frau beruhen. Zum unentgeltlichen Erwerb zählt Carpzov sogar jene Fälle, in denen der Frau ein Geschenk als Gegenleistung für dem Schenker vom Ehemann erbrachte Dienste gegeben wird¹²¹⁾. Mag auch fraglich sein, ob das als mittelbare Schenkung des Ehemannes anzusehen ist, jedenfalls würde sie durch den Tod konfirmiert, so daß die Erben nicht revocieren können¹²²⁾. Während die Einschränkung der Grundregel durch den Nachweis des Erwerbs aus Kräften des Frauenguts nichts weiter als die Widerlegung der Vermutung, also eine römische Regel bedeutet, beruht die Privilegierung des unentgeltlichen Erwerbs auf deutschrechtlicher Wurzel¹²³⁾.

III. Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis

1. Die ehemännliche Vormundschaft

Haben bisher schon deutschrechtliche Elemente überwogen, so läßt sich das gleichermaßen bei der Verfügungsbefugnis über das Frauenvermögen feststellen. Auch hier steht nur das Frauenvermögen zur Debatte, da eine Verfügungsbeschränkung des Mannes hinsichtlich seines eigenen Vermögens nicht besteht und die Frage nach einem Verfügungsrecht der Frau über das Mannesvermögen so abwegig ist, daß Carpzov sie mit keinem Wort erwähnt.

Wenn auch das ältere deutsche und das justinianische Dotalrecht von durchaus verschiedenen Vorstellungen ausgehen, so gleichen sie sich doch darin, daß sie dem Mann ein unbe -

119) Z.B. augmentum dotis - Wertsteigerung der Dos - Resp. 6, 50, 12.

120) Z.B. Erbfall oder Schenkung (Def. 3, 25, 14, 2) Jur Foem 1, 3, 21ff.

121) Def. 3, 25, 14 LS. 122) Def. 3, 25, 14, 8ff.

123) Vgl. Schröder S. 16 Anm. 43 - Carpzov zitiert Ssp. 3, 76.

schränktes Verfügungsrecht an den Gütern der Frau mit Ausnahme der Grundstücke zusprechen¹²⁴⁾ - das römische Recht vom Eigentum des Mannes an der Dos aus, das deutsche mindestens von seiner Vorstellung von der Gewere zu rechter Vormundschaft her, wenn man nicht auch hier Eigentum des Mannes annehmen will. Carpzov geht von der deutschrechtlichen Grundlage aus. Die Frau steht unter der Tutela des Mannes. Das bedeutet, daß ihr jede selbständige Rechtshandlung grundsätzlich versagt ist. Das gemeine Recht hatte den Frauen das Auftreten vor Gericht und das Handeln als Vertreter anderer verboten¹²⁵⁾; weitergehend unterbindet das sächsische Recht zu Carpzovs Zeit jedes rechtliche Handeln verheirateter Frauen schlechthin¹²⁶⁾. Frauen bedürfen auch für sich selbst stets eines Vormunds - Curators -, vor Gericht¹²⁷⁾ wie außerhalb des Gerichts¹²⁸⁾. Verträge erlangen nur Wirksamkeit, wenn ein Curator zustimmte, sonst sind sie nichtig¹²⁹⁾ - es bleibt nur eine Naturalobligation¹³⁰⁾. Diese Auffassung, auf Const 2, 15 beruhend, faßt die juristische Stellung der verheirateten Frau - nicht der ledigen oder verwitweten¹³¹⁾ - als Handlungsunfähigkeit auf. Diese Einstufung kann man wohl als Folge der aus der Beschäftigung mit dem römischen Recht folgenden Verwissenschaftlichung ansprechen: wenn die Frau unter Vormundschaft steht, muß sie handlungsunfähig sein, - anders lassen sich nach dem römischen System beide Gesichtspunkte nicht vereinbaren. Der Sachsenspiegel war nicht von dieser Vorstellung ausgegangen. Zwar stand die Frau unter ehelicher Vormundschaft, doch war sie nicht handlungsunfähig¹³²⁾. Sie ist es bei Carpzov auch nur teilweise, nämlich hinsichtlich allen eingebrachten Gutes, während sie hinsichtlich des Sonderguts,

124) Schröder S.252f; anders v. Martitz S.149f - Windscheid Pandekten 8.Aufl. III § 497.

125) D 3,1,1,5.- Vgl. zum Folgenden Hübner S.77f.

126) Resp. 3,12,1ff - Ssp 1,43f.

127) Def. 2,14,17,3; Ssp 1,46.

128) Def. 2,15,1; Resp. 3,12,5ff.

129) Resp. 3,12,9.

130) Def. 2,15,7,9 und LS. Zur Begründung beruft sich Carpzov auf D 46,3,95,4. Aus dem Sinn der Stelle leitet er ab, daß zur Entstehung einer Naturalobligation Willensübereinstimmung genüge.

131) Def. 2,15,15,3.

132) Vgl. Agricola S.88f.

also insbesondere der Gerade, selbständig sich verpflichten und verfügen kann¹³³⁾.

Soweit es die Schenkung anbelangt, haben sich für die Gerade einige Sonderformen herausgebildet. Nach Const 2, 14 sind bestimmte Formvorschriften zu beachten¹³⁴⁾, die hier nicht interessieren. Die Zustimmung eines Curators ist erforderlich nach Const 2, 14; die des Mannes, weil ohne seine Zustimmung nichts verschenkt werden könne¹³⁵⁾. Hier bricht sich das alte Sachsenspiegelprinzip¹³⁶⁾ Bahn, das Carpzov mit der Einstufung der Gerade unter das Sondergut schon preisgegeben hatte. Es ist freilich nicht ganz ersichtlich, warum ausgerechnet bei der Versenkung, wenn sonst anderes gelten soll¹³⁷⁾. Diese Verfügungsbeschränkung der Frau gilt aber nur für die Versenkung der Gerade - grundsätzlich ist die Frau frei zu verfügen befugt.

Daher kann auch das Argument, der Mann sei der Frau aus Gründen ihrer Schutzbedürftigkeit als Vormund beigeordnet¹³⁸⁾, nicht überall befriedigen. Carpzov erkennt wohl selbst die geringe Tragfähigkeit dieser Begründung; sind doch die Jungfrau und die Witwe nach Const 2, 15 nicht so stark in ihrer Handlungsfreiheit beschränkt. Er stützt die Verfügungsbeschränkung der Frau daher auch auf des Mannes Nießbrauchsrecht am Gute der Frau und auf seine Stellung als heres mobilis¹³⁹⁾. Damit ist er der deutschrechtlichen Auffassung - Ableitung aus der ehemännlichen Gewalt - ganz nahe gekommen; es wirkt daher als Rückschritt, wenn er dennoch die Gleichstellung der ehelichen Vormundschaft und der Tutela des römischen Rechts aufrechterhält. Der kennzeichnende Unterschied

133) Def. 1,28,90; Don Ger 2,56ff.

134) Vgl. Resp. 5,60,1f; Def. 2,14,10, 1f.

135) Def. 2,14,10,7.

136) Ssp 1,31,1 - 1,45, 2

137) Umgekehrt findet sich ein römisches Einschub insoweit, als die Versenkung unter Vorbehalt eines Nießbrauches zugelassen wird (Def. 2,14,7).

Nach deutschem Recht ging das nicht an (Agricola S.514), wohl aber nach römischem (C 8,53,28; C 8,53,35,5). Doch ist eine Einschränkung des römischen Rechts insoweit vorgenommen, als die Frau keine Sicherheit für den Nießbrauch leisten muß.

138) Schluß aus Def.2,15,9 LS u.1. 139) Don Ger 2,56.

zwischen beiden liegt in dem Eigeninteresse, das dem ehemännlichen Vormundschaftsrecht nach deutscher Auffassung zukommt und sich am deutlichsten im Nutzungs- und "Erb"-recht des Mannes auswirkt. Dieses Eigeninteresse ist der römischen Tutela bei Justinian schon völlig fremd - dort steht der Schutzzweck im Vordergrund¹⁴⁰⁾. Der Gegensatz beider Rechte wirkt sich dahin aus, daß der Konsens des Ehemannes nicht durch einen Curator ersetzt werden kann¹⁴¹⁾. Vom Schutzgedanken allein her ist dieser Satz unverständlich.

2. Verpflichtungsbefugnis

Aus diesem Schutzzweck, der allerdings auch dem deutschen Recht nicht gänzlich fremd ist, doch dort hinter dem Moment der Gewalt zurücktritt¹⁴²⁾, werden zahlreiche Einzelfragen entschieden. So ist ein Vertrag der Frau auch ohne Zustimmung des Mannes gültig, der nur ihrem Vorteil dient¹⁴³⁾, oder in Gegenwart der Verwandten der Frau abgeschlossen wurde¹⁴⁴⁾. Diese Regeln passen nicht zum älteren deutschen Recht. Denn dort konnte die Frau eine auch dem Mann gegenüber wirksame Verpflichtung nur eingehen, wenn der Vorteil dem Mann zugute gekommen war¹⁴⁵⁾. Es leuchtet daraus ein, daß der Schutzcharakter nur eine untergeordnete Komponente des deutschen Vormundschaftsbegriffes war, der viel stärker die Herrschaft, die Gewalt des Mannes in den Vordergrund gerückt hatte. Diese Veränderung der Entscheidung über die Gültigkeit eines Vertrages ist also eindeutig aus der Übernahme des römischen Begriffes und der in ihm enthaltenen Vorstellung von der Vormundschaft zu erklären.- Ohne positive Regelung¹⁴⁶⁾ ist durch usus fori eingeführt, daß Frauen auch Darlehensverträge abschließen können. Da eine Notwendigkeit des Schutzes bei der

140) Kaiser I S.299; II S.158 141) Def. 2,15,25 LS.

142) Agricola S.82.

143) Def. 2,15,17, LS; Resp. 5,10,15f. Carpzov leitet das aus Const 2,15 her. Vgl. aber auch die der Frau nachteilige Fortbildung in Resp. 5,10 durch das Appellationsgericht.

144) Def. 2,15,18, LS.

145) Agricola S.381.

146) So sagt Carpzov in Resp. 5,10,4 ausdrücklich.

Möglichkeit jederzeitigen Widerrufs entfällt, kann die Frau auch ohne Tutor testieren oder von Todes wegen schenken¹⁴⁷⁾.

Auch die Handelsfrau ist freier gestellt. Sie kann zunächst ohne Zustimmung des Ehemannes und eines Curators ihre Waren kaufen und verkaufen. Sie kann aber auch selbständig ein Darlehen aufnehmen und gerichtlich eine Hypothek bestellen, soweit beides in Beziehung zu ihrem Gewerbe geschieht. Das hält Carpzov für eine notwendige Konsequenz ihrer Handelstätigkeit, "quoniam negotiationes et mercaturae absque pecuniis exercere nequeunt, hae autem sine sufficienti assecuratione nemini ferre creduntur"^{147a)}. Auch hier steht der Schutzgedanke im Vordergrund, der bei einer geschäftsgewandten Frau Vorsichtsmaßnahmen nicht als erforderlich erscheinen läßt. Daher verstehen sich auch die zwei Einschränkungen, die Carpzov macht: die Frau muß wirklich Handelsfrau sein - das hat der Richter nach dem Umfang ihrer Geschäfte zu beurteilen - und es muß sich um Geschäfte handeln, die mit ihrem Gewerbe in Zusammenhang stehen.- Übrigens fällt trotz dieser Selbständigkeit der mulier mercatrix ihr ganzer Erwerb dem Ehemann zu^{147b)}.

Umgekehrt kann der Ehemann dort nicht als Tutor fungieren, wo er selbst beteiligt ist, weil durch die hier auftretende Interessenkollision der Schutz der Frau nicht mehr garantiert ist. Das gilt zunächst für Verträge zwischen Mann und Frau¹⁴⁸⁾, dann auch für Verträge der Frau mit einem Dritten zugunsten des Mannes¹⁴⁹⁾. In solchen Fällen ist die Hinzuziehung eines weiteren Curators erforderlich¹⁵⁰⁾ 151). Eines solchen weiteren Curators bedarf es auch, wenn die verheiratete Frau

147) Def. 2, 15, 10 - nach Const 2, 15.

147a) Def. 2, 15, 16 - nach Const 2, 15 a. E.

147b) Def. 3, 25, 10. Carpzov beruft sich auf die allgemeine Regel, die er auch für die Handelsfrau nicht durchbrechen will. Dazu vgl. oben S. 106ff.

148) Def. 2, 15, 23; Dec. 145, 10ff - D 26, 8, 5 pr.

149) Def. 2, 15, 24 - D 26, 8, 1 pr.

150) Def. 2, 15, 19, 10.

151) Carpzov unterscheidet Tutela und Cura nicht nach dem Alter des Mündels, sondern nach Personen- und Vermögenssorge. Def. 2, 15, 29, 2. Diese aus D 26, 2, 12 und 14 und C 5, 4, 8 abgeleitete - unrichtige - Auffassung entspricht der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts. Vgl. Glück § 1298 a S. 3ff.

eine Erbschaft ausschlagen oder sich im Auseinandersetzungsstreit vergleichen will, denn hier droht ihr größere Gefahr als sonst¹⁵²⁾.

3. Verfügungsbefugnis

Zeigt sich so bei den Verpflichtungsgeschäften die mehr römisch-rechtlich betonte Seite der ehemännlichen Vormundschaft¹⁵³⁾, so wirkt sich bei der Verfügungsbefugnis über die Güter der Frau der deutschrechtliche Teil aus.

Das Gut der Ehegatten wird durch den Eheschluß in seiner Zuweisung grundsätzlich nicht geändert. Vor und nach der Ehe kann jede Frau über ihre Mobilien frei verfügen. In der Ehe ist dazu die Zustimmung des Mannes erforderlich¹⁵⁴⁾, damit sein Nießbrauch nicht beeinträchtigt werde¹⁵⁵⁾. Genau dasselbe gilt für die verheiratete Frau hinsichtlich der Immobilien¹⁵⁶⁾. In beiden Fällen hat sich aus stadtrechtlicher Quelle¹⁵⁷⁾ die Einschränkung entwickelt, daß bei Abwesenheit des Mannes im Falle dringender Not - etwa zur Bestreitung des vom Manne nicht geleisteten Unterhalts - eine Verfügung ohne ehemännlichen Konsens möglich ist¹⁵⁸⁾.

Umgekehrt genügt der ehemännliche Konsens nicht immer, so z.B. dann nicht, wenn die Frau ein Dotalgrundstück veräußern will¹⁵⁹⁾. Eine überzeugende Begründung für dieses Erfordernis findet Carpzov nicht. Er beruft sich darauf, daß die Frau ohne Curator nicht wirksam der Veräußerung des Dotalgrundstücks durch den Mann zustimmen könne¹⁶⁰⁾. Dieses Argument ist aber wegen der ganz anderen Interessenlage - hier droht keine Interessenkollision - nicht zwingend und vermag Carpzovs Behauptung nicht zu begründen. Der Grund mag in der rechtspolitischen

152) Def. 2,15,22. Carpzov zitiert - unverständlich - D 12, 1,31,1.

153) Zur Frage des Ausschlusses des Ehemannes als Vormund Agricola S.253ff.

154) Def. 2,15,15,3

155) Don Ger. 2,56.

156) Def. 2,15,25,11ff. Resp. 5,24,14 - Ssp. 1,31; 1,45.

157) Agricola S.205.

158) Resp. 5,24,14ff.

159) Def. 2,15,21,4.

160) Def. 2,15,21,5.

Forderung nach einer erhöhten Sicherung für die Frau zu suchen sein, der ihre Dos als Witwenversorgung unter allen Umständen erhalten bleiben soll¹⁶¹⁾. Eine Ableitung aus bestimmten Rechtssätzen ist nicht möglich; der rechtspolitische Gedanke ist römischer Natur.

Soweit hätte das Erfordernis der Zustimmung des Mannes zu Verfügungen der Frau zur Not auch noch aus dem Schutzgedanken der römischen Tutela hergeleitet werden können. Das ist aber nicht mehr möglich bei den Verfügungen des Mannes über das Frauengut. Hier kommt Carpzov bei seinem Bemühen um Ableitung aus dem römischen Recht in erhebliche Schwierigkeiten. Grundsätzlich bedarf der Mann der Zustimmung der Frau zu Verfügungen über ihr unbewegliches Vermögen¹⁶²⁾. Carpzov behandelt stets nur Verfügungen über Immobilien - auf Verfügungen über Mobilien geht er nie ein. Da Carpzov den Mann verschiedentlich als Eigentümer der Mobilien bezeichnet, weil er sie später doch "erbe"¹⁶³⁾, wird man annehmen dürfen, daß er die Zustimmung der Frau zu Verfügungen des Mannes über ihr Mobiliarvermögen nicht für erforderlich hielt. Wenn auch Carpzov in Jur Foem 3,9,17 den allgemeinen Ausdruck "bona" verwendet, worunter auch die Mobilien zu fassen wären, sprechen für diese Annahme doch Stellen, bei welchen aus den Umständen zu entnehmen ist, daß der Mann mit dem Geld der Frau Gegenstände erwarb. Es geht dann stets um die Frage, ob nun diese Gegenstände oder das Geld von ihm herausverlangt werden können, nachdem die Frau gestorben ist. Die Zustimmung der Frau zur Verfügung des Mannes über das Geld wird nirgends als erteilt oder notwendig erwähnt - Carpzov unterstellt sie offenbar als nicht erforderlich¹⁶⁴⁾. Das erscheint auch deshalb als zutreffend, weil bei der Veräußerung der Immobilien der Umstand mitspielt, daß hier der Mann den Erben der Frau etwas entziehe - ein Gesichtspunkt, der bei den Mobilien entfallen muß.

161) Def. 2,15,21,8ff.

162) Def. 3,23,30,6. Jur Foem 3,9,17ff.

163) Def. 3,7,5,8.

164) Vgl. Def.3,23,28; Def. 3,23,30; Dec. 145,14ff.

Die Fragen, die bei den Verfügungen des Mannes über das unbewegliche Vermögen der Frau auftauchen, sind von Carpzov nicht überzeugend behandelt¹⁶⁵⁾. Grundsätzlich gesteht er dem Mann ein Verfügungsrecht mit Zustimmung der Frau zu. Folgendermaßen versucht er seine Auffassung zu begründen: Wenn ein Tutor über seines Mündels Grundstück verfügt, ist das Rechtsgeschäft nichtig - er kann ein Recht nicht übertragen, da er keines hat, und die Frau kann er nicht verpflichten. Dasselbe gilt für den Ehemann¹⁶⁶⁾. Damit aber nicht das "unbillige" (!) Ergebnis einträte, daß die Frau nicht gebunden wäre, wenn sie ihre Zustimmung erteilt hat, muß sie durch ihren Konsens verpflichtet sein, "cum parum interesse videatur, an ipsamet mulier contrahat, an vero marito contrahenti consentiat - utroque casu ex consensu et conventione obligatur." Was die Konstruktion betrifft, so sind hier erhebliche Bedenken anzumelden, auch wenn man berücksichtigt, daß eine deutschrechtliche Vorstellung sich im römischen Gewande durchsetzen will. Denn durch ihre Zustimmung wird die Frau wohl verpflichtet - aber nicht vertraglich, sondern nur insoweit, daß sie gegen ihre Zustimmung nicht an kann. Eine Verpflichtung aus dem Vertrag kann sie nicht treffen, weil das SCt Velleianum nicht beachtet wurde - denn sie hätte ja die Verpflichtung des Mannes zu der ihren gemacht, also intercediert. Aber selbst wenn sie eine vertragliche Verpflichtung träge, so würde es sich um einen Vertrag handeln, mit dem dem Manne etwas zugewendet wird. Läßt man dabei sogar das Mobiliareigentum des Mannes oder die Möglichkeit, daß der Vertrag in seinem Namen geschlossen wurde, außer Betracht, so fällt dem Mann der Vorteil letztlich doch als dem Mobiliarerben zu. Es würde sich also, von der Frau aus gesehen, um einen Vertrag mit einem Dritten zugunsten ihres Mannes handeln; dazu wäre aber die Zustimmung eines weiteren Curators erforderlich. Aus beiden Gründen aber wäre der Vertrag nichtig. Dennoch kann man Carpzov die unhaltbare Konstruktion nicht sehr zum Vorwurf machen. Denn er versucht nur, die deutschrechtliche Auffassung von der Verfügungsbefugnis des Mannes über das Frauenvermögen in römischrechtliche For-

165) Def. 2,15,20; Def. 3,23,30; Jur Foem 3,9.

166) Jur Foem 3,9,11ff.

men zu fassen¹⁶⁷⁾. Mit der Begriffswelt des römischen Rechts paßt dies aber nicht zusammen, so daß jeder Versuch, die deutsch-rechtliche Regel aus dem römischen Recht abzuleiten, von vornherein zum Scheitern verurteilt ist.

Bei der Behandlung des Erlöses aus der Veräußerung war die Sachlage insofern einfacher, als das deutsche Recht hier keine ausdrückliche Entscheidung enthielt. So bricht das römische Rechtsdenken wieder durch. Denn auf seiner Vorstellung von der absoluten Gütertrennung beruht es, daß über die Zuweisung des Erlöses der Ausgleich für den Vermögensverlust der Frau geschaffen wird. Ein Gedanke, der dem alten deutschen Recht fremd ist¹⁶⁸⁾. Der Kaufpreis fällt nämlich nicht dem Mann zu, auch wenn er zunächst ins Eigentum der Frau gekommen sein sollte und erst von da als Mobiliererbschaft an den Mann fallen könnte. In jedem Falle erhalten die (Immobilien)Erben der Frau den Erlös¹⁶⁹⁾. Dies nicht aus Surrogationsgründen, sondern deshalb, weil der Ehemann, hätte er das Geld erhalten, in eigener Sache Vormund gewesen wäre¹⁷⁰⁾. Sollte er für den Erlös ein Grundstück auf seinen Namen erworben haben, so ist er den Erben der Frau zwar nicht zur Herausgabe des Grundstücks, wohl aber zum Schadensersatz oder zur Rückzahlung des Kaufpreises verpflichtet¹⁷¹⁾. Nur dann verbleibt ihm der Erlös, wenn ein besonderer Curator zum Verkauf hinzugezogen war¹⁷²⁾.

Völlig gleichartig ist die Verfügungsbefugnis des Mannes über

167) Es mag hier dahingestellt bleiben, ob sich diese Bindung an die Zustimmung der Frau unausgesprochen schon im Sachspiegel findet - so Schröder S.253 - oder erst als eine stadtrechtliche Entwicklung anzusehen ist - so v. Martitz S.143,265. Sicher ist sie deutschrechtlichen Ursprungs.

168) Vgl. Schröder S.16f, 322. Die Ausführungen von Schröder S.19f u. 74 Anm.27 stehen dem nicht entgegen. Dort geht es darum, daß der Mann Schadensersatz leisten muß für die Beeinträchtigung des Frauenvermögens. Bei Carpzov dagegen hat er den Erlös herauszugeben. Der Zuordnungsgedanke ist also in beiden Fällen nicht derselbe.

169) Def. 3,23,30,7; Dec. 145,13.

170) Def. 3,23,30,9

171) Def.3,23,30,16f. Dec. 145,14.

172) Def. 2,15,24,4f. Def.3,23,31,1S; Dec. 145,13.

die Geradestücke geregelt. Die Voraussetzungen sind dieselben: wie die Immobilien den Erben, fällt die Gerade beim Tode der Frau der Niftel und nicht dem Manne zu. Erforderlich zur wirklichen Verfügung ist nur die Zustimmung der Frau. Den Erlös erhält der Mann aber nur dann zu Eigentum, wenn ein besonderer Curator zustimmt¹⁷³⁾. Sonst ist er der Frau oder der Niftel zur Restitution verpflichtet¹⁷⁴⁾.

Im umgekehrten Fall, wenn der Mann dadurch über Mobilien der Frau verfügte, daß er mit Dotalgeld - Carpzov hält ja die Frau für die Eigentümerin der Dos - ein Grundstück kaufte, macht sich wieder das Ausgleichsstreben bemerkbar, das dem deutschen Recht fremd ist. Carpzov nimmt gegen die herrschende Lehre an, daß der Mann Eigentümer des Grundstücks werde. Das entspricht zwar der Lehre des Sachsenspiegels¹⁷⁵⁾, Carpzov aber bemüht sich, es aus dem römischen Recht herzuleiten, indem er seine sonst streng durchgeführte Meinung aufgibt und jetzt dem Mann das Eigentum an der Dos zuschreibt¹⁷⁶⁾. Doch soll nach dem Tod des Mannes das Grundstück mit der Dotalklage kondiziert werden können¹⁷⁷⁾; ist aber die Frau vorverstorben, so soll der Mann es behalten, da es sein Eigentum ist und eine Rückforderung der Dos entfällt¹⁷⁸⁾.

Nach dem Recht des Sachsenspiegels wären die Vermögensverschiebungen hinsichtlich des Grundstücks oder des Geradegegenstandes genau dieselben gewesen. Die Rückgabe des Kaufpreises, bzw. die Kondiktion des Grundstücks, aber wären entfallen. Denn sei es, daß man den Mann als Eigentümer der Mobilien oder nur als Verfügungsbefugter betrachtet: in beiden Fällen wäre er zur Erstattung nicht verpflichtet¹⁷⁹⁾. Das Gütertrennungsdenken des römischen Rechts hat sich aber schon so weit durchgesetzt, daß dem Mann nicht mehr die unbegrenzte Verfügungsmacht zuge-

173) Dec. 145, 24ff.

174) Dec. 145, 9.

175) Schröder S. 16f.

176) Def. 3, 23, 28, 10f.

177) C 5, 12, 12. Es handelt sich bei diesem Problem um eine berühmte Streitfrage des gemeinen Rechts. Vgl. Glück § 585, S. 167ff, bes. 170.

178) Def. 3, 23, 28, 12ff.

179) Schröder S. 16f; Agricola S. 273ff.

standen wird und seine Verfügung als Eingriff in fremdes Recht erscheinen mag. Zugleich bricht sich auch beim ersten Fall wieder der Schutzgedanke der Tutela Bahn - man fragt sich nur, warum erst bei der Verteilung des Erlöses und nicht bei der Veräußerung des Grundstücks selbst. Der Grund wird sich nur in der deutschen Regel von der Verfügungsbefugnis des Mannes finden lassen.

Besondere Beachtung verdient noch die Verfügungsbefugnis des Mannes über den Fundus dotalis. Nach justinianischem Recht ist er schlechthin unveräußerlich¹⁸⁰⁾. Carpzov aber läßt die Veräußerung mit Zustimmung der Frau und eines besonderen Curators zu¹⁸¹⁾. Er begründet seine Lehre mit J 2, 8, pr und C 5, 13, 1, 15, wo gesagt ist, daß der Mann früher nicht ohne Zustimmung der Frau über den Fundus dotalis habe verfügen können, aber nunmehr jede Verfügung - auch mit ihrem Willen - als unzulässig zu gelten habe, damit die Frau noch mehr geschützt sei. Carpzov deutet diese Stelle so, daß die Interessenkollision beim Mann Anlaß gewesen sei, die Verfügung zu verbieten. Er läßt diese daher bei Assistenz eines besonderen Curators für die Frau zu. Verständlich wird diese Interessenkollision nur, wenn man den Mann als Mobiliarerben sieht, dem der Erlös zufiele. Diese Vorstellung des Sachsenrechts kann Justinian aber nicht gut gehabt haben. Auch hier leuchtet wieder das deutsche Verfügungsrecht des Mannes - mit Zustimmung der Frau - auf. Geradezu listig wird die justinianische Regelung durch den - in concreto unrichtigen - Ansatz bei der Vormundschaft aus den Angeln gehoben, die römische Regel durch römisches Recht zugunsten der deutschen Auffassung umgangen.

IV. Die Haftung für Schulden

1. Grundsätze

Das römische Prinzip der Gütertrennung konnte schon mehrfach als Grund für Umgestaltungen der deutschen Regeln angeführt

180) Kaser II S.129f.

181) Def. 2,15,21,5.

werden. Auch bei der Haftung der Ehegatten muß es sich auswirken und notwendigerweise dazu führen, eine Haftung eines Ehegatten für die Schulden des anderen auszuschließen. Als Grundsatz hat Carpzov die Haftungsfreiheit nie hervorgehoben. Die Möglichkeit insbesondere, daß der Mann für die Schulden der Frau hafte, wird nirgends erwähnt. Wenn Haftungsfragen angeschnitten werden, geht es stets um die Haftung des Frauenguts für Schulden des Mannes. Aber auch hier ist die Haftungsfreiheit nicht allgemein festgestellt, sondern nur für die einzelnen Vermögensmassen hin und wieder beiläufig erwähnt: für die Gerade¹⁸²⁾, die Dos¹⁸³⁾, das Sondergut¹⁸⁴⁾. Aus der allgemeinen Darstellung ergibt sich aber, daß kein Ehegatte für den anderen haftet, insbesondere nicht die Frau für den Mann.

2. Das Senatus Consultum Velleianum¹⁸⁵⁾

Nur wenn man eine Haftung der Frau für den Mann verneint, wird es verständlich, daß das SCT. Velleianum, wenn auch äußerlich verändert, so doch dem Sinn nach ganz dem römischen Recht zugehörig, in die sächsische Rechtspraxis übernommen wurde. Dadurch wurde allerdings die Handlungsfähigkeit der Frauen noch weiter eingeengt, als es schon durch die Annahme der partiellen Handlungsunfähigkeit der Fall war. Carpzov stützt sich hier fast ausschließlich auf die Regelung der Const 2,16. Das alte sächsische Recht kennt eine Beschränkung der Intercessionen der Frauen nicht¹⁸⁶⁾. Entsprechend der justinianischen Regel¹⁸⁷⁾ können aber nach dieser Const 2,16 Frauen nur unter bestimmten Voraussetzungen wirksam intercedieren, besonders bei Schulden ihrer Männer¹⁸⁸⁾. Daß die Intercessionsfrage überhaupt auftaucht, beweist, daß die Frau nicht kraft Gesetzes - auch nicht mit einem Teil ihres Vermögens - für den Mann haftet. Abzusehen ist hier von der Verfügungsmöglichkeit

182) Def. 2,14,62,LS. 183) Def. 1,32,20; Resp. 4,7,LS.

184) Schluß aus Def. 1,28,90,2 - sonst könnte die Frau das Darlehen nicht zurückfordern.

185) Carpzovs Schreibweise ist beibehalten. Vgl. zur richtigen Form Kaser I S.558.

186) Agricola S.398.

187) D 16,1,1 - Nov. 134,8.

188) Resp. 2,75, 1ff.

des Mannes über die Mobilien des Frauenvermögens. Denn indem er ihre Mobilien veräußerte, konnte der Mann natürlich seine Gläubiger befriedigen¹⁸⁹⁾; das bedeutet aber keine Haftung des Frauenvermögens.-

Wenn die Frau intercedierte, so hat diese Intercession, falls sie für einen Dritten - nicht den Ehemann - erfolgte, unter folgenden Voraussetzungen Wirkung: Volljährigkeit der Frau, Intercession vor Gericht, Zustimmung des Vormundes, ausdrücklicher Verzicht auf das Privileg des Sct. Velleianum¹⁹⁰⁾. Dies entspricht der Kodifikation in Const 2,16, die jedoch über das römische Recht hinausgeht, denn dies scheint auch den stillschweigenden Verzicht auf das Privileg anerkannt zu haben¹⁹¹⁾. Bei einer Intercession für den Ehemann ist zusätzlich eidliche Bekräftigung des Verzichts erforderlich¹⁹²⁾. Will die Frau nicht erst für den Mann intercedieren, so kann sie von vornherein die vertragliche Verpflichtung mit ihm zusammen eingehen, doch wird, wenn er arm ist, vermutet, daß er alles erhielt und die Frau nur als Gesamtschuldnerin intercedierte. Wenn sie in diesem Fall nicht ausdrücklich des Sct. Velleianum sich eidlich begeben hatte, haftet sie aber nur auf ihren Teil¹⁹³⁾.

Die eidliche Intercession kann in zwei Formen geschehen: 1. die Frau verzichtet auf ihre Konkursvorrechte¹⁹⁴⁾ oder 2. sie nimmt die Schulden des Mannes auf sich¹⁹⁵⁾. Der Verzicht kann bezüglich einzelner oder aller Gläubiger ausgesprochen werden¹⁹⁶⁾. Die im Eigentum der Frau befindlichen Gegenstände im Besitz des Mannes werden vom Verzicht nicht erfaßt - hier kann die Frau die Herausgabe fordern¹⁹⁷⁾. Hat die Frau die Schuld übernommen, so haftet sie mit ihrem ganzen Vermögen. Ist der Eid unterblieben, so haftet sie nur mit den Parapher-

189) Vgl. Agricola S.385ff. 190) Def.2,16,17 5f.

191) Vogt, H. ("Studien zum Senatus Consultum Velleianum" Bonn 1952, Vgl. dazu D. Medicus "Zur Geschichte des SC. Velleianum" Köln, Graz 1957 Bd.8 der Forschungen zum röm. Recht) S.70.

192) Def. 2,16,4 LS. 193) Def.2,16,4.

194) Def. 2,16,20; Dec. 58,8.

195) Def.2,16,2. 196) Dec. 58,3 f.

197) Dec. 58,5ff.- C 7,73,1; D 1,15,38,pr.

nalien¹⁹⁸⁾ - anderes galt fürs gemeine Recht; diese sächsische Sonderregelung entstammt der Const 2,16. Auch das Dotulitium und die Donatio propter nuptias werden bei fehlendem Eid nicht von der Haftung erfaßt¹⁹⁹⁾. Ist aber eine wirksame Intercession erfolgt, so ergreift die Haftung sogar die Donatio propter nuptias, für die der Frau eine Hypotheca expressa bestellt wurde und die Frau geht allen Gläubigern, selbst den Chirographariern nach²⁰⁰⁾. Da man die uneidliche Intercession als Schenkung auffassen kann, ist es möglich, daß sie, durch den Tod konfirmiert, zu voller Wirksamkeit gelangt²⁰¹⁾. Das gemeine Recht hatte die Intercession, für die die Frau von dem verarmten Mann keine Gegenleistung mehr zu bekommen Aussicht hatte, als verbotene Ehegattenschenkung nach dem römischen Recht nicht anerkannt²⁰²⁾; anderes galt nach Const 2, 16 in Sachsen²⁰³⁾.

3. Vorzugsrechte der Frau

Eine weitere Folge des Haftungsausschlusses ist es, daß der Frau hinsichtlich ihrer eingebrachten Güter gewisse Vorzugsrechte gegenüber den anderen Gläubigern des Mannes eingeräumt werden konnten. Um ein Privileg handelt es sich eigentlich nicht bei jenen Gegenständen, die allein im Eigentum der Frau stehen, sich aber zufällig im Besitz des Mannes befinden, z.B. Geradestücke²⁰⁴⁾. Hier hat die Frau den Herausgabeanspruch, modern gesprochen ein Aussonderungsrecht im Konkurs. Die Gerade ist den Gläubigern des Mannes nur dann verhaftet, wenn die Frau selbst, oder mit dem Mann zusammen oder der Mann mit ihrer Zustimmung für die Gerade ("Ratione Geradae") Schulden gemacht hat²⁰⁵⁾. Wenn der Mann allein für die Gerade Verpflich-

198) Def. 2,16,10.

199) Def. 2,16,1,4f.

200) Def. 2,16,1,10. Chirographarier sind zunächst die nicht durch ein Pfandrecht geschützten Gläubiger, so benannt, weil sie nur durch ihre Schuldscheine (Chirographum oder Cautio) gesichert sind (Paulys Realencyclopädie), ferner bei Carpzov diejenigen, deren Forderung der Schuldner anerkennt, oder die ihren Anspruch durch Zeugen beweisen (Def. 1,28,159,1).

201) Def. 2,16,9.

202) Def. 2,16,14 - Schluß aus Auth zu C 4,29,21.

203) Def. 2,16,12,LS

204) Def. 1,28,94,1.

205) Def. 3,25,15,7.

tungen einging, ist die Frau nicht einmal subsidiär diese zu zahlen verpflichtet²⁰⁶⁾, ebenso wenn der Mann ohne ihre Zustimmung Geradestücke verpfändete; nur die Erben des Mannes sind leistungspflichtig²⁰⁷⁾. Der Sachsenspiegel hatte diese letzte Frage anders entschieden; dort mußte die Frau die verpfändeten Geradestücke lösen: "Swat so des ute stunt bi des doden mannes live, dat lose he, of he wille, dem it to rechte horen scal"²⁰⁸⁾. Carpzov regelt diese Frage anders, indem er die Stelle restriktiv dahin interpretiert, daß sie nur von einer mit Zustimmung der Frau vorgenommenen Verpfändung zu verstehen sei²⁰⁹⁾. Denn wenn die Frau der Verpfändung zugestimmt hatte, mußte sie auch mit der Gerade für die Zahlung eintreten. Ebenso wenn der Ehemann das Geradestück kaufte und es sofort für den Kaufpreis verpfändete²¹⁰⁾. In diesen Vorschriften wird deutlich die deutschrechtliche Vorstellung, daß der Mann als Herr des ehelichen Vermögens über alle Gegenstände verfügen könne, durch den römischen Grundsatz von zwei getrennten Vermögen ersetzt, wobei dem Mann eben nur ein Nießbrauch aber kein eigenes Verfügungsrecht zukommen kann.

Wäre Carpzov von strenger Konsequenz geleitet, so müßte er der Ehefrau auch hinsichtlich der Dos ein Aussonderungsrecht zuerkennen, da er die Frau doch für die Eigentümerin der Dos hält. Dennoch tut er das nicht, sondern folgt den Vorschriften des römischen Rechts über die Privilegierung der Dos. Die Frau ist durch eine gesetzliche Generalhypothek am Vermögen des Mannes für ihr Einbringen gesichert²¹¹⁾, die zugleich mit einem Vorzugsrecht im Konkurs ausgestattet ist²¹²⁾. Allerdings muß die Dos auch tatsächlich eingebracht sein²¹³⁾. Das Vorzugsrecht, das nur der Frau und denjenigen ihrer Erben, die Descendenten sind, zukommt²¹⁴⁾, entfällt, wenn die Frau gemeinsam mit dem Mann ein Geschäft betrieb²¹⁵⁾, wenn sie

206) Def. 2,14,62,LS. 207) Def. 2,14,63,LS.

208) Ssp. 1,24,4 - v. Martitz S.156f.

209) Def. 2,14,63,8. 210) Def.2,14,64,LS.

211) Def. 2,24,11,1 - C 8,17,12.

212) Def. 1,28,64,LS 213) Def.1,28,72,1.

214) Def.1,28,95,LS; Def.1,28,96,LS;- C 8,17,12,7.

Zur Streitfrage dazu vgl. Glück § 1273 S.170.

215) Def. 1,28,83,LS.

wissend einen überschuldeten Mann heiratete²¹⁶⁾, oder selbst die schlechte Vermögenslage des Mannes verschuldete²¹⁷⁾. In allen diesen Fällen ist für den Schutz der Frau kein Anlaß, da sie sich dessen selbst begeben hatte. Neben der hypotheca tacita und ihrem Vorzugsrecht hat die Frau auch gegenüber dritten Gläubigern die daraus sich ergebende Herausgabeklage und zugleich eine exceptio, wenn etwa spätere Gläubiger ihre Rechte verfolgen²¹⁸⁾.

Nicht jede Einzelheit dieser Regelung ist aus dem Corpus Juris zu belegen. Doch ist alles aus römischen Gedanken erwachsen und von germanischen Einflüssen fast frei (Ausnahme: Kauffrau). Anders ist die Rechtslage beim Paraphernalvermögen. Da es im römischen Recht kein eingebrachtes Gut war, konnte es auch nicht privilegiert sein. Die deutsche Auffassung, die auch die Paraphernalien dem Nießbrauch des Mannes unterwarf und damit den sachlichen Gegensatz zum Dotalgut verwischte, mußte folgerichtig dazu kommen, auch für die Paraphernalien eine hypotheca tacita zu gewähren²¹⁹⁾ - der Unterschied zur Dos bestand zunächst darin, daß diese mit der hypotheca tacita vom Augenblick der priesterlichen Einsegnung an bedacht wurde²²⁰⁾, die Paraphernalien aber erst von der tatsächlichen Illation an. Ein weiterer, noch wichtigerer Unterschied war, daß die Hypothek für die Paraphernalien nicht mit einem Vorzugsrecht ausgestattet wurde²²¹⁾. Doch kann die Frau, wenn die Paraphernalien noch in natura vorhanden sind, diese als Eigentümerin herausverlangen²²²⁾. Man fragt sich, worin diese Differenzierung im Recht des Dotal - und Paraphernalvermögens sachlich begründet sei. Da die Voraussetzungen dieselben sind: Einbringen der Frau, Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Mannes, Erbrecht des Mannes an den Mobilien, ist nicht einzusehen, warum nicht auch die rechtlichen Folgen dieselben sein sollen. Es läßt sich keine andere Erklärung für die Unterscheidung finden, als daß die aus dem römischen Recht über-

216) Def. 1,28,84,LS.

218) Def. 2,24,11,3.

220) Def. 2,24,3,4

222) Def. 1,28,86,7.

217) Def. 1,28,85,LS.

219) Def. 2,24,3,LS.

221) Def. 1,28,86,LS.

kommene Einteilung nicht aufgegeben werden sollte, obwohl sie durch die ihr widerfahrene deutschrechtliche Beeinflussung gegenstandslos geworden war und man nun einfach die Unterscheidung aus den andersartigen Folgen rechtfertigen wollte. Carpzov selbst steht bei diesen Fragen schon vor einer abgeschlossenen Entwicklung; er konnte sich auf Const. 1,28 und auf weitere sächsische Gesetze berufen²²³⁾.

V. Verträge zwischen den Ehegatten

1. Dotalverträge

Die Gestaltung des Güterrechts, wie sie im sächsischen Raum als die gesetzliche Regelung auf Grund deutscher und römischer Quellen anzusehen ist, wird wirksam ergänzt durch die Möglichkeit weitgehender vertraglicher Ergänzung und Abänderung, einem charakteristischen Zug des deutschen ehelichen Güterrechts²²⁴⁾. Die Form der Eheverträge - zu Carpzovs Zeit weit verbreitet²²⁵⁾ - ist stets dieselbe, wenn auch der Inhalt erheblich variieren kann. Carpzov bezeichnet sie zusammenfassend nach römischem Vorbild als "Pacta dotalia". Doch muß man sich vor Augen halten, daß sie mehr als nur die Dos betreffende Regelungen enthalten können.

Nach Const 2, 43 können sie auf dreierlei Weise geschlossen werden:

1. durch normalen Vertrag
2. als letztwillige Verfügung
3. vor Gericht.

Der Normalfall ist nach Carpzovs Auffassung der schlichte Vertrag. Er wird in der Regel vor der Hochzeit geschlossen.

223) Landesordnung von Torgau (1583)-Cod.Aug.I,137; Proceß- und Gerichtsordnung (1622)-Cod.Aug.I,1067. Wegen der Frage der Bedeutung der Paraphernen vgl. einerseits Hübner S.694f, andererseits Gerner Anm.52 S.77.

224) Hübner S.673.

225) Def. 2,43,1,1.

Eines besonderen Vormundes bedarf die Frau dazu nicht²²⁶⁾, da die Anwesenheit der Verwandten der Frau eine Übervorteilung ausschließt, den Schutz also entbehrlich macht²²⁷⁾. Nur bei der Bestellung geschätzter Grundstücke zur Dos ist die Zuziehung eines Curators erforderlich, da die Schätzung als Kauf anzusehen ist und ein Dotalgrundstück nicht ohne Curator verkauft werden kann²²⁸⁾. Wird im Vertrag über bestimmte Einzelstücke oder über Vermögensanteile eine Regelung getroffen, so müssen zwei oder drei Zeugen anwesend sein²²⁹⁾. Diese auf Const 2, 43 fußende Darstellung entspricht dem gemeinen Recht nur in wenigen Punkten: einmal was die Frage der Schätzung anbelangt, dann auch insoweit als die Dotalverträge nur Gültigkeit haben, wenn sie die Dos nicht verschlechtern und weder Recht noch guten Sitten zuwiderlaufen²³⁰⁾. Diese außergerichtlichen Verträge sind nur dann von Wirkung, wenn sie sich auf Gegenstände beziehen, die auch durch letztwillige Verfügung vergeben werden können²³¹⁾. Hier scheint wieder deutsches Gedankengut durch, das dem Eigentümer einer Sache ebenso deren vertragliche Veräußerung verbietet, wie eine letztwillige Zuwendung.

Eheverträge in dieser Form über die gegenseitige Erbfolge der Gatten sind nicht möglich: Erbe erwirbt man nicht vertraglich²³²⁾. Carpzov lehnt also das Institut des Erbvertrags ab. Das liegt im Sinne des römischen Rechts²³³⁾. - Doch hat er sich, entsprechend der zeitgenössischen wissenschaftlichen Entwicklung, dem Erbvertrag schon recht weit genähert, wenn er eine solche Regelung der gegenseitigen Erbfolge im Ehevertrag in Form der Schenkung von Todes wegen zuläßt, die außergerichtlich vor fünf Zeugen errichtet wurde²³⁴⁾. Die Formulierung "Schenkungen von Todes wegen" findet sich bei Carpzov nicht. Er spricht vielmehr von "Pacta dotalia in vim ultimae voluntatis", nimmt also eine schwer faßbare Zwischenstufe an, da er die Möglichkeit eines Erbvertrags ausdrücklich leugnet. Diese speziell sächsische Form wird vom gemeinen Recht nicht akzeptiert²³⁵⁾.

226) Def. 2,43,9, LS.

227) Def. 2,15,11,4.

228) Def. 2,15,11,8; Def. 2,43,9,5f.

229) Def. 2,43,1,4.

230) Def. 2,43,1,5f.

231) Def. 2,43,1,9.

232) Def. 2,43,1,11; Def. 2,43,5,LS.

233) Glück § 1244, S.333ff.

234) Def. 2,43,2 LS.

235) Def. 2,43,2,5ff - C 2,3,19.

Da der kursächsische usus fori aber daran festhält, muß Carpzov in konsequenter Weiterentwicklung auch den jederzeitigen Widerruf solcher Verträge zulassen²³⁶⁾. Das gilt natürlich nicht bei den normalen Verträgen²³⁷⁾. Hier offenbart sich der Charakter als Schenkung von Todes wegen deutlich. Bei diesem Institut hat man eine Entwicklung auf deutschrechtlichem Boden, aber mit römischen Bausteinen. Das deutsche Recht hatte Erbverträge ursprünglich schlechthin zugelassen²³⁸⁾. Erst die Verknüpfung mit dem römischen Recht, das diese Einrichtung nicht kannte, vermochte diese Rechtsform in die bei Carpzov zu beobachtende schlecht passende Form zu zwingen.

Die dritte Form des Vertragsschlusses ist die vor Gericht²³⁹⁾, wo es keiner Zeugen bedarf. Der Vertrag kann sich auf die Gesamterbfolge der Gatten wie auf die Bestimmung des Schicksals von Einzelstücken beziehen²⁴⁰⁾, denn in dieser Form kann auch ein Testament errichtet werden: Const 3, 3. Wenn ehevertraglich die Erbfolge geregelt wurde, war damit der gesetzlichen Bestimmung derogiert²⁴¹⁾; daher kann ein Ehegatte, dem der Ehevertrag sein Teil bestimmte, nicht die statutarische Portion fordern²⁴²⁾. Umgekehrt stehen die erbrechtlichen Bestimmungen in Eheverträgen alle unter der stillschweigenden Bedingung der Geburt eines Kindes: "Kinderzeugen bricht Ehestiftung" - dieser Satz des deutschen Rechtes²⁴³⁾ gilt noch²⁴⁴⁾. Der Inhalt der Eheverträge ist wie seit alters²⁴⁵⁾ überaus mannigfaltig. Die Variationen machten nicht bei den althergebrachten Möglichkeiten halt, sondern ergriffen auch die vom römischen Recht übernommenen Institute. Es seien beispielhaft einige Fälle herausgehoben: vertragliche Minderung der statutarischen Portion²⁴⁶⁾, Verzicht des Mannes auf die Nutzung des Frauenvermögens²⁴⁷⁾, Verzicht des Mannes auf den Erwerb der Frau während der Ehe²⁴⁸⁾, Verzicht des Mannes auf die

236) Def. 2,43,10 LS.

238) Hübner S.788.

240) Def.2,43,3,1.

242) Def.3,20,1,3.

244) Def.2,43,13.

246) Def. 3,7,12,LS.

248) Def.3,25,13,1.

237) Def.2,43,11, LS.

239) Def.2,43,3,LS.

241) Def.3,20,1,1.

243) Hübner S.674.

245) Schröder S.332.

247) Def.3,25,13,LS.

Hochzeitsgeschenke²⁴⁹⁾, Festsetzung einer bestimmten Dos²⁵⁰⁾, Zuwendung der Dos nach dem Tod der Frau an den Mann²⁵¹⁾, Verpflichtung zu früherer Erstattung der Dos, als das Gesetz dies vorschreibt²⁵²⁾, Festsetzung einer höheren Leibzucht als üblich²⁵³⁾ u.v.a.m.

Diese ehevertraglichen Regelungen können weiterreichende Folgen haben, als ihr Wortlaut zunächst erwarten läßt: so kann die Frau über ihre Mobilien testieren, wenn dem Mann im Ehevertrag nur eine bestimmte Portion zugeteilt wurde, da das Hindernis seines Erbrechts auf diese Weise entfällt. Wenn die zweite Frau vertraglich mehr zugesichert erhält als die Kinder erster Ehe, wird damit deren Erbrecht geschmälert. Der Vertrag ist dennoch entgegen dem römischen Recht²⁵⁴⁾ gültig, doch darf das Erbteil nicht unter die legitima gemindert werden. Carpzov begründet die Abweichung vom römischen Recht mit *abusus und contraria consuetudo*.

2. Die Donatio propter nuptias

Häufig werden in den Eheverträgen besondere Vereinbarungen über die Geschenke anlässlich der Hochzeit getroffen, die sich die Gatten machen. Vor allem geht es dabei um das "Geschenk" des Mannes an die Frau, die "Donatio propter nuptias". In Wahrheit handelt es sich nicht um ein Geschenk, sondern um eine Sicherung. Der Begriff "Donatio propter nuptias" ist ein Oberbegriff, der in seiner weiteren Form auch das Dotalitium umfaßt²⁵⁵⁾. In einem engeren Sinn aber ist die Donatio propter nuptias vom Dotalitium als Spezialfall streng zu scheiden²⁵⁶⁾: das Dotalitium absorbiert die Dos, wenn es angenommen wird - die Donatio propter nuptias wird nur zur Sicherung für die Rückgabe der Dos bestellt und läßt die Dos selbst unberührt²⁵⁷⁾.

249) Def. 3, 22, 5, LS.

250) Def. 2, 15, 11, LS.

251) Def. 2, 43, 1, 7 - D 23, 4, 12 pr.

252) Def. 2, 43, 1, 8 - D 23, 4, 14f.

253) Resp. 6, 5, 15.

254) Def. 2, 43, 18, LS - C 5, 9, 6, pr. Zur Testierbefugnis vgl. Anm. 319.

255) Def. 1, 28, 93, 3.

256) Def. 2, 16, 1, 6f.

257) Def. 1, 28, 93, 5; Dec. 168, 1ff.

Die Donatio propter nuptias im engeren Sinne pflegt der Mann der Frau zur Sicherung für den Fall des Verlustes der Dos zu geben. Daher darf die Donatio propter nuptias nicht größer sein als die Dos selbst²⁵⁸⁾. Wie die Dos nach Auflösung der Ehe an die Frau zurückfällt, so die Donatio propter nuptias an den Mann²⁵⁹⁾. Diese Folge entspricht dem justinianischen Recht nicht. Dort²⁶⁰⁾ fiel die Donatio propter nuptias der Frau zu. Die Rückgabepflicht entstammt vielmehr dem Kirchenrecht²⁶¹⁾, auf das sich Carpzov auch beruft. Er läßt aber die vertragliche Regelung zu, daß nach dem Tod des Mannes die Donatio propter nuptias nicht seinen Erben, sondern der Frau zufalle²⁶²⁾; so wird es auch meist geregelt²⁶³⁾, was dem ursprünglichen römischen Recht entspricht.

Das sächsische Recht hat der Frau zwar eine gesetzliche hypotheca tacita am Vermögen des Mannes gegeben, aber im Gegensatz zum gemeinen Recht ihr ein Vorzugsrecht verweigert²⁶⁴⁾. Die Frau muß sich also durch eine hypotheca expressa, die Vorzugsrechte genießt, vom Mann sichern lassen²⁶⁵⁾.

3. Die freiwillige Morgengabe

Nur von geringer Bedeutung ist die freiwillige Morgengabe. Sie besteht aus einem wertvollen Gegenstand, den der Mann der Frau am Morgen nach der Hochzeitsnacht als praemium virginitatis schenkt²⁶⁶⁾. Im Gegensatz zur gesetzlichen Morgengabe ist diese im übrigen bedeutungslose Form auch unter Bürgerlichen möglich²⁶⁷⁾. Die Morgengabe in dieser Spielart entspricht dem Sachsenspiegel mehr als die daraus abgeleitete und wichtigere gesetzliche Form. Sie stellt zugleich eine stillschweigende Ausnahme vom Verbot der Ehegattenschenkung dar; auch das geht auf deutsche Wurzel zurück.

258) Def. 2, 42, 1, 1ff.; Resp. 6, 5, 2ff - C 5, 14, 9, 1.

259) Def. 2, 42, 1, 6f; Dec. 168, 8. 260) C 5, 12, 29, pr. a.E.

261) Decretalien 4, 20, 8.

262) Def. 2, 42, 1, 8; Dec. 168, 9. 263) Resp. 6, 5, 1.

264) Def. 2, 24, 6, 1ff - Const 1, 28, Abs. 1 letzter Satz.

265) Def. 1, 28, 91, LS.

266) Def. 3, 33, 20, 1ff.- Zur Witwenehe sagt Carpzov nichts.

267) Jur Foem 7, 1, 17ff.

4. Die Ehegattenschenkung

Die Schenkungen zwischen den Ehegatten während der Ehe nehmen eine besondere Stellung ein. Grundsätzlich können die Eheleute beliebig miteinander kontrahieren, wenn nur ein spezieller Curator für die Frau zugezogen wird²⁶⁸⁾. Die Schenkung unter Ehegatten aber ist ebenso prinzipiell nichtig²⁶⁹⁾. Dieser Grundsatz ist im Ergebnis im deutschen wie im römischen Recht vorhanden. Nach deutschem Recht²⁷⁰⁾ war die Schenkung deshalb unmöglich, weil der Mann schon die Gewere am Gut der Frau hatte, so daß die Frau sie zum Übergang des Eigentums auch nicht übertragen konnte. Umgekehrt hätte der Mann durch eine Schenkung an die Frau seine Gewere nicht verloren²⁷¹⁾. Das römische Recht kam von seiner Seite zum selben Ergebnis, vermutlich um die Bereicherung einer Familie auf Kosten der anderen zu verhindern²⁷²⁾. Die klassische und nachklassische Zeit hatte aber viele Ausnahmen entwickelt, die bei Justinian erhalten blieben²⁷³⁾ und sich auch bei Carpzov finden. Denn dieser entnimmt alle Einzelheiten dem römischen Recht - wenn er auch die deutsche Fundstelle anführt²⁷⁴⁾. Beide, deutsches und römisches Recht, scheinen ihm Ausdruck derselben Rechtsvorstellung.

Die wichtigste Ausnahme ist die Konfirmation der ungültigen Schenkung durch den Tod eines Gatten²⁷⁵⁾, wenn die Schenkung nicht den Wert von 500 ungarischen Dukaten übersteigt²⁷⁶⁾. Ferner ist die Schenkung wirksam, wenn sie mit einem Curator vor Gericht vollzogen wurde²⁷⁷⁾. Carpzov anerkennt als gültig auch das Weihnachtsgeschenk²⁷⁸⁾ und die Donatio remuneratoria seu reciproca²⁷⁹⁾, weil diese letzte nicht ärmer macht²⁸⁰⁾.

268) Def. 2,13,22,1 und 7ff.

269) Def. 2,13,14,1; Def. 2,13,15,1.

270) Ssp. 1,31,2.

271) Vgl. im einzelnen Agricola S.546f; v.Martitz S.237.

272) D 24,1,1 - Kaser I S.283f.

273) Kaser I S.283f, II S.118f.

274) Def.2,13,14,1.

275) Def.2,13,15,2 - D 24,1,32,pr.ff.

276) Def. 2,13,15,LS.

277) Def. 2,13,16,2ff - C 5,16,25,pr.

278) Def.2,13,20 - vgl. Glück § 1257.

279) Den Unterschied beider behandelt er in Def.2,13,2,1ff.

280) Def. 2,13,18 - D 24,1,25.

An dieser Begründung zeigt sich, daß für Carpzov allein das römische Recht das Schenkungsverbot bestimmt. Denn diese Frage kann nur beim römischen Recht auftauchen, weil das Hindernis im deutschen Recht nicht bei der Bereicherung, sondern bei der Verschiebung der Gewere liegt.

Eine Sonderregelung hat die Donatio mortis causa erfahren; sie ist zulässig²⁸¹⁾ auch ohne Curator²⁸²⁾, weil sie dem Testament gleichsteht und wie dieses jederzeit widerrufen werden kann²⁸³⁾, auch wenn es sich um eine Donatio reciproca gehandelt hatte und der andere Ehegatte schon gestorben war²⁸⁴⁾. Wenn diese Begründung mit der jederzeitigen Widerrufsmöglichkeit auch keine Besonderheit bildet und der Bezugnahme auf das Testament nicht bedurft hätte, da nach dem römischen Recht jede Donatio inter conjuges revocierbar ist²⁸⁵⁾, so ist diese Argumentation doch nicht falsch und entspricht wie alle anderen Begründungen dem römischen Recht. Selbst bei der Bemühung des Testaments wird das deutlich, da das deutsche Recht das Testament nicht kennt²⁸⁶⁾. Auf diesen Ursprung ist es auch zurückzuführen, daß die Schenkung aller Güter von Todes wegen Bestand hat, während die unter Lebenden wegen der Beschränkung der Testierfreiheit nicht wirksam ist²⁸⁷⁾. Nur wenn diese Schenkung reciprok erfolgt, kann anderes gelten²⁸⁸⁾; dann ist sie auch unter Lebenden wirksam. Der Grund dafür ist wieder in der Bereicherungsregel zu finden. Ebenso tritt römischer Geist hervor, wenn auch für diesen Fall die Unversehrtheit der Legitima gefordert wird²⁸⁹⁾.

Eine Schenkung der Gerade unter den Ehegatten ist nach Const 2, 13 nur als reciproke möglich und zwar nur unter bestimmten Formen²⁹⁰⁾ und sachlichen Einschränkungen²⁹¹⁾. Hier hat die Verbindung des deutschen Institutes mit dem römischen Schen-

281) D 24,1,9,2. 282) Def. 3,2,6,3. 183) D 24,1,32,2ff.

284) Def. 3,2,11, LS; Def. 3,2,12,LS-D 24,1,32,9.

285) Vgl. Kaser I S.283.

286) Hübner S.780ff, 792.

287) Def. 3,2,6,6; - D 24,1,9,2; vgl. auch Const 3,1.

288) Resp. 6,3,1ff.

289) Def. 3,1,10,LS.

290) Def. 2,13,2ff.

291) Def. 2,13,8.

kungsverbot eine gesetzliche Neuregelung veranlaßt. Auch darin wird die romanistische Tendenz deutlich. Denn im deutschen Recht konnte für die Gerade nichts anderes gelten, als für sonstige Gegenstände, da sie ebenfalls in der Gewere des Mannes stand²⁹²⁾. Andererseits spielt auch hier die Veränderung der Gerade durch das Weichbild herein, das dem Mann die Gewere entzog. Von dieser Sicht her war es kein großer Schritt mehr zu einer deutsche und römische Gedanken verbindenden Neukodifikation.

Der Mann ist aber nicht gehindert, der Frau Gegenstände zur Gerade zu schenken; denn solche Schenkung beeinträchtigt nicht das Sondergut der Frau, sondern wirkt sich im Gegenteil zum Wohl des ganzen Hauses aus²⁹³⁾. Auch das wäre mit dem Sachsen-spiegel nicht zu vereinbaren, wird aber aus der stadtrechtlichen Veränderung des Geraderechts einleuchtend.

Ähnliche Beschränkungen wie für die Schenkung der Gerade gelten auch für die des Heergewätes²⁹⁴⁾.

B. Das eheliche Güterrecht von Todes wegen

I. Tod der Frau

Die Folgen, die die Eheauflösung durch den Tod eines der Ehegatten nach sich zieht, sind überwiegend erbrechtlicher Natur. Dennoch muß zur Abrundung des Bildes auch ein kurzer Blick darauf geworfen werden, da die schon besprochenen Institute erst hier die richtige Beleuchtung erhalten. Außerdem hat das sächsische Recht einige ganz spezielle Formen ausgebildet, die, sachlich mehr dem Erbrecht zugeordnet, doch dem ehelichen Güterrecht aufs engste verwandt sind: Heergewäte einerseits, Dotalitium, Mustheil und Morgengabe andererseits.

Beim Tod der Ehefrau tritt das Prinzip der Einteilung nach Mobilien und Immobilien wieder stark in den Vordergrund. Der

292) Es sei denn, man nähme Sondergewere der Frau an; vgl. o. A I 5 zu Anm. 78.

293) Def. 2, 13, 21.

294) Def. 2, 13, 13.

Mann - sei er von Adel oder Bürger²⁹⁵⁾ - ist der Erbe aller ihrer Mobilien, ihre Verwandten erhalten die Immobilien²⁹⁶⁾. Nur die geschätzt zur Dos gegebenen Immobilien fallen dem Mann zu, da sie ihm gleichsam verkauft sind²⁹⁷⁾ - ein Anfall kraft Erbrechts ist darin nicht zu sehen. Im gemeinen Recht war eine ganz andere Regelung getroffen: dort konnte einem Ehegatten nicht mehr hinterlassen werden als einem Kinde²⁹⁸⁾. - Dem folgt das Sachsenrecht nicht, wie es auch die Dos von dieser Aufteilung nicht ausnimmt. Auch die zu ihr gehörenden Mobilien fallen beim Tod der Frau dem Mann zu²⁹⁹⁾. Das stellt eine erhebliche Veränderung des römischen Instituts dar, zu dessen Wesen es gehörte, daß es nach dem Tode der Frau an ihre Kinder fällt³⁰⁰⁾. In wie geringem Maß also die Übernahme des Instituts der Dos mit ihren ganz anderen Voraussetzungen das deutsche Recht oder genauer: das Volk in seinen Gebräuchen zu bestimmen oder zu ändern vermochte, kann kaum sichtbarer zu Tag treten als bei dieser Durchbrechung des ganzen Prinzips durch das typisch sächsische Erbrecht des Mannes. Es geht diese Durchbrechung sogar so weit, daß auch Mobilien einer Dos dem Mann zufallen, die noch gar nicht eingebracht, sondern nur versprochen war³⁰¹⁾; ja daß auch die Mobilien erfaßt werden, die, sei es durch Surrogation, sei es durch Erbfall in das Dotalvermögen der Frau kamen³⁰²⁾. Ausgeschlossen von dem Erbgang sind nur die Geradestücke. Sie fallen der Niftel zu, wenn nicht durch Lokalstatut, wie etwa in Leipzig, anderes bestimmt ist³⁰³⁾. Der Mann verliert sein Mobiliarerbrecht, wenn er des Ehebruchs überführt ist³⁰⁴⁾, der Frau keinen Unterhalt gewährt und sie deshalb stirbt³⁰⁵⁾, sie mit Todesfol-

295) Def. 3,23,16, LS.

296) Def. 3,23,22, LS.- Ssp 1,31; 3,76,2.

297) Def. 3,23,26 - D 23,3,69,8.

298) Def. 3,23,17,1 - C 5,9,6, pr. Die Stelle spricht von 1. und 2.Ehe, doch gilt der Grundsatz allgemein.

299) Def. 3,23,3,5.

300) Kaser II S.130f; - Def. 3,23,3,1.

301) Def. 3,23,3,7ff. 302) Def. 3,23,12,2.

303) Def. 3,23,14, - Ssp. 3,76,2.

Plane, iis in locis, ubi marito superstiti per statum locale (quale etiam hic Lipsiae est) gerada defunctae uxoris defertur

304) Def. 3,26,9, LS.

305) Def. 3,26,5.

ge mißhandelt³⁰⁶⁾ oder sonst ihren Tod betreibt³⁰⁷⁾. Diese Bestrafung dürfte auf römische Vorbilder zurückgehen.³⁰⁸⁾

Ebenso wird das deutsche Prinzip durch das römische Pflichtteilsrecht eingeschränkt: den Kindern muß ihre Legitima erhalten bleiben³⁰⁹⁾, weil das eine Naturrechtsregel ist, der das sächsische Recht weichen muß³¹⁰⁾. Wenn die Kinder nicht die Immobilien erben können, weil die Frau solche nicht besaß, oder wenn die Immobilien für die Legitima nicht ausreichen, so muß das Pflichtteil aus den Mobilien ergänzt werden³¹¹⁾. Diese Regel ist, wenn sie auch nicht unmittelbar übernommen sein kann, doch eindeutig römischrechtlicher Natur³¹²⁾ und durchdringt ihrerseits einschränkend so das sächsische Recht, wie dies den Anfall des Dotalguts beschränkt hatte.- Dasselbe wie für das Erbrecht der Kinder nimmt Carpzov auch für das der Eltern der Frau an³¹³⁾.

Indessen ist die Formulierung, daß der Mann die Mobilien der Frau "erbe" nicht den Vorstellungen Carpzovs angemessen. Er leugnet ein Erbrecht ausdrücklich, sieht vielmehr in dem Recht des Mannes ein besonderes sächsisches Privileg³¹⁴⁾. Es bleibt dunkel, wie er sich dieses Recht vorstellt. Man kann entweder Eigentum des Mannes an den Mobilien annehmen, dann aber entfällt die Möglichkeit, den Eigentumsanfall auf den Zeitpunkt des Todes der Frau zu fixieren; das besondere Privileg entfaltet dann seine Wirkung schon vom Augenblick des Eheschlusses an. Oder aber man nimmt ein Erbrecht des Mannes an - dann kann er nicht schon zu Lebzeiten der Frau Eigentümer der Mobilien sein. Beides sagt Carpzov nicht zu. Anscheinend geht

306) Def. 3,26,6.

307) Def. 3,26,7.

308) Vgl. die Verwirkung der Dos - Kaser II S.131.

309) Def. 3,23,18, LS.

310) Def. 3,23,18,4.

Non enim valet statutum, quod liberis legitimam aufert, quae ipsis iure naturae debetur, quare nec ius statutarium Saxonicum marito superstiti mobilia uxoris defunctae eferens liberis in legitima praejudicabit.

311) Def. 3,23,18,2ff.

312) Vgl. C 3,28,30 pr.f.

313) Def. 3,23,19, LS.

314) Def. 3,23,34,4ff.

seine Auffassung dahin, daß der Mann, während die Frau noch lebt, ein bestimmtes Recht an den Mobilien der Frau habe, das aber nicht das Eigentum ist, sondern erst im Augenblick des Todes der Frau zum Eigentum erstarkt. Genauer läßt er sich über seine Vorstellung nie aus. Nur bemüht er sich, das Recht des Mannes als billigenswert zu erweisen, da er die Lasten der Ehe tragen müsse³¹⁵⁾. Er muß aber das Versagen dieser Begründung in jenem Fall erleben, in welchem der Ehemann mit der Frau im Hause des Schwiegervaters wohnt und keine eigenen Aufwendungen erbringt. Carpzov greift nun zu einer Begründung, die ans Komische grenzt: Die Aussicht auf den Erbfall soll den Mann zum Heiraten verlocken. Auch die Zuneigung der Ehegatten scheint ihm einen Grund für das Recht des Mannes abzugeben³¹⁶⁾. Das alles aber läßt das Recht des Mannes nicht juristisch greifbar werden.

Da die Mobilien dem Mann kraft gesetzlicher Regelung zufallen, ist es der Frau benommen, darüber zu testieren³¹⁷⁾, es sei denn, ihm wäre ausnahmsweise das Erbrecht entzogen³¹⁸⁾ oder es läge eine besondere ehevertragliche Regelung vor³¹⁹⁾. Diese Beschränkung des Verfügungsrechts der Frau von Todes wegen hatte ihre Schatten ja schon voraus geworfen in dem Verbot der Verfügung unter Lebenden ohne Zustimmung des Mannes. Beide Beschränkungen sind einheitlicher Natur und entwachsen derselben deutschrechtlichen Wurzel.

Im Augenblick des Todes der Frau verliert der Mann seinen Nießbrauch an ihren Immobilien³²⁰⁾, da ihm von diesen nichts zufällt. Er hat aber an den Immobilien ein Retentionsrecht, bis er für seine Mobilien zufriedengestellt ist³²¹⁾, etwa wenn er im Haus der Frau wohnte. Doch hat er kein Recht mehr, die Früchte zu ziehen; nur die Verwendungen, die er auf die

315) Def. 3,23,10,1.

316) Def

316) Def. 3,23,20,4ff.

Dicerim potius, marito superstiti bona mobilia uxoris defunctae propterea deferri, quo viri spe alicuius lucri invitentur ad matrimonia contrahenda et ut mulieres eo citius viros inveniant vel etiam mutua affectio conjugalit huic sanctioni causam dedit.....

317) Def. 3,7,3.

318) Def. 3,7,9,LS.

319) Def. 3,7,13,LS.

320) Def. 2,25,19,7.

321) Def. 2,25,18,1ff.

Immobilien gemacht hat, kann er ersetzt verlangen³²²⁾. Diese Grundsätze entstammen der römischen Auffassung vom Aufwendungsersatz auf eine herauszugebende Sache³²³⁾. Das gemeine Recht hatte hier geregelt: Wer bona fide Impensen auf den fremden Boden verwendet, hat nur den Anspruch auf Impensen - Ersatz: die Frucht gehört dem Eigentümer des Bodens. Der Sachsenspiegel gibt aber dem Eigentümer nur einen Pachtzinsanspruch, dem Arbeitenden die Frucht. Bei Carpzov ist der Irrtum von Schneidewin übernommen, der die Stelle "der behält seine Arbeit" nur auf die Impensen bezog^{323a)}. Auch hier ein Fall, in welchem das römische Recht das deutsche Recht dadurch überwindet, daß eine möglichst große Übereinstimmung erzielt werden soll.

Die bereits gezogenen Früchte sind ohnehin Eigentum des Mannes, er erhielt sie auch kraft seines Mobiliärerbrechts³²⁴⁾. Aber selbst soweit die Früchte noch nicht perzipiert sind, fallen sie an den Mann. Denn der Sachsenspiegel bestimmt³²⁵⁾, daß dem Mann dann die Früchte der Immobilien seiner Frau zustehen, wenn diese starb, nachdem er die Felder bearbeitet hatte; das gilt auch noch bei Carpzov³²⁶⁾.

Sind noch Schulden aus dem Vermögen der Frau zu begleichen, so ist nach sächsischem Recht darauf zu achten, wofür diese eingegangen worden waren. Zwar nach gemeinem Recht sind sie zunächst von den Mobilien zu bezahlen³²⁷⁾, nach sächsischem Recht aber haften Mobilien und Immobilien getrennt für "ihre" Schulden³²⁸⁾. Diese Aufteilung dürfte auf einer Ableitung aus der Stelle³²⁹⁾ Sachsenspiegel 1,24,4 beruhen.

Das Erbrecht ist auf Ehegatten beschränkt. Es entfällt also ante consensionem thalami³³⁰⁾ und nach der Scheidung³³¹⁾, nicht aber, wenn die Eheleute nur von Tisch und Bett geschieden sind³³²⁾.

322) Def. 2,25,19 LS.

323) Kaser II S.268; - C 5,13,1,5 e.

323a) Vgl. Resp. 1,100,18; Glosse zum Ssp 2,46. Schott weist das S. 251 als falsch nach.

324) Def. 3,24,11,1.

325) Ssp. 3,76,4.

326) Def. 3,24,11 LS; Def. 3,13,5,8.

327) D 42,1,15,2.

328) Def. 3,25,15,2ff.

329) Vgl. Glosse zum Ssp 1,31, lit C.

330) Def. 3,19,1,LS

331) Def. 3,26,17,LS.

332) Def. 3,26,17,2ff.

II. Tod des Mannes

1. Grundsätze des Erbrechts der Frau

Nach dem Tode des Mannes erbt die Frau nach altem sächsischem Recht nichts aus seinem Vermögen. Bei Carpzov hat sich das Bild erheblich verändert. Er anerkennt ein Erbrecht der Frau nach dem Mann, das sich zunächst nach dem Ehevertrag, dann nach Ortsstatut, schließlich nach gemeinem sächsischem Recht und zuletzt nach gemeinem, d.h. nach römischem Recht bestimmt³³³⁾.

Die gemeinrechtliche Regel ist die aus den Novellen³³⁴⁾ übernommene justinianische Neuordnung der weiblichen Erbfolge. Nur wenn die Frau keine Dos einbrachte, die sie nach dem Tod des Mannes zurückerhalten müßte und deshalb nun Not litte, kommt dies Erbrecht zum Zuge, damit die Frau nicht ein Geschäft aus ihrer Ehe mache³³⁵⁾. Es gewährt ihr dann grundsätzlich ein Viertel des Nachlasses, wenn bis zu drei eheliche Kinder des Mannes vorhanden sind; sind mehr Kinder erberechtigt, so erhält sie gleich diesen einen Kopfteil³³⁶⁾. Folgende Einschränkungen sind zu machen: die Frau darf nicht begütert sein - das gilt auch dann als gegeben, wenn sie nur eine geringe, nicht ausreichende Dos zurückerhielt³³⁷⁾, die ihr dann allerdings auf den Erbteil angerechnet wird - und sie muß sich Vermächtnisse auf den Erbteil anrechnen lassen. Sie erbt neben den Kindern auch nicht zu vollem Recht, sondern erhält nur den Nießbrauch ihres Anteiles³³⁸⁾. Neben Ascendenten nimmt die Frau gleichfalls ein Viertel, mit denselben Einschränkungen wie bei den Kindern, neben Seitenverwandten nimmt sie ihr Viertel zusätzlich zu ihrem Eingebrachten³³⁹⁾. Nicht bei allen Punkten kann sich Carpzov auf Justinian

333) Def. 3,20,1,1.

334) Nov. 53,6; 117,5.

335) Def. 3,20,15,2; Dec. 163,8ff.

336) Def. 3,20,15,3; Dec. 163,11.

337) Def. 3,20,15,2 Dec. 163,19 "Erbrecht der armen Witwe".

338) Dec. 163,16.

339) Def. 3,20,15,4 f. Dec. 163,17f.

unmittelbar stützen, doch liegen insoweit gemeinrechtliche Fortbildungen auf römischer Wurzel vor. Diese Regeln gelten grundsätzlich auch im Raum des sächsischen Rechts³⁴⁰⁾. Für Kursachsen hatte aber Const 3, 20 eine wesentliche Modifizierung gebracht, die jeder Witwe - reich oder arm - aus den Gütern des Mannes die sog. portio statutaria: ein Drittel des Vermögens, wenn Kinder fehlen, sonst ein Viertel, zugestand³⁴¹⁾. Wie die Frau nicht durch letztwillige Verfügungen die statutarische Portion des Mannes, d.h. sein Mobiliarerb-recht, beeinträchtigen darf, so auch nicht der Mann das Recht der Frau³⁴²⁾. Auch durch Verträge unter Lebenden darf er ihr weder statutarische Portion, noch Gerade, Dotalitium oder Donatio propter nuptias entziehen³⁴³⁾. Das gilt selbst dann, wenn die Frau nichts eingebracht hatte³⁴⁴⁾ und schließt auch das Verbot ein, die statutarische Portion durch Legate zu beschweren³⁴⁵⁾. Die Frau hat freie Wahl, ob sie die Portio statutaria nehmen und auf ihr Einbringen damit verzichten, oder ob sie unter Verzicht auf die Portion sich mit der Rückgabe ihrer Illaten zufrieden geben will³⁴⁶⁾. Die Gerade bleibt ihr nur, wenn sie die statutarische Portion ausschlägt³⁴⁷⁾; das bedeutet, daß sie die Gerade bei der Wahl der statutarischen Portion verliert. Die entgegengesetzte Auffassung verschiedener angesehener Autoren weist Carpzov unter Hinweis auf den Text der Const 3, 20 bestimmt zurück³⁴⁸⁾. Die neue Kodifikation schaltet also das alte Rechtsinstitut der Gerade in einem wichtigen Fall aus. Nur durch Ehevertrag kann diese Folge umgangen werden³⁴⁹⁾.

Auf die statutarische Portion steht der Frau ein klagbarer Anspruch zu, der mit einem Retentionsrecht an den sonstigen Mannesgütern gesichert ist³⁵⁰⁾. Wenn die Frau, durch Täuschung veranlaßt, den Besitz aufgab, kann sie mit der Spolienklage Restitution des Besitzes verlangen. Das ist eine wichtige

340) Def. 3,20,15,9ff; Dec. 165,3ff.

341) Def. 3,20,16,1ff.

343) Def. 3,7,5,1f.

345) Def. 3,7,2,LS.

347) Def. 3,20,35,3.

349) Def. 3,20,4,LS.

342) Def. 3,7,12,1-Const 3,7.

344) Def. 3,7,1,LS.

346) Def. 3,20,32,1.

348) Def. 3,20,27.

350) Def. 2,25,9,2ff.

Übernahme aus dem kanonischen Recht. Sie wird hier nur in einem kleinen Ausschnitt sichtbar; das ganze Besitzrecht beruht aber auf kanonischer Lehre³⁵¹⁾.

2. Das Dotalitium

Mit dem Oberbegriff der "weiblichen Gerechtigkeiten" faßt Carpzov Dotalitium, Gerade, Morgengabe und Mustheil. Diese Rechte fallen der Frau nur dann zu, wenn sie die statutarische Portion ausschlägt. Unter dieser einschränkenden Voraussetzung ist daher das Folgende zu verstehen.

Im Dotalitium ist die Donatio propter nuptias, die als Sicherung für die Dos ihre ursprüngliche römische Form weitgehend beibehalten konnte, eine merkwürdige Mischung mit dem deutschen Recht eingegangen. Beide Rechte bezwecken eine Sicherstellung der Frau nach dem Tode des Mannes. Das deutsche Recht versuchte dies in der Form der älteren Leibzucht³⁵²⁾, das römische mit der Donatio propter nuptias³⁵³⁾. Indem nun beide Institute zu einem einheitlichen verschmolzen, bildete sich das Dotalitium heraus, zu deutsch "Leibzucht", "Leibgut", "Leibgedinge" oder "Witthumb"³⁵⁴⁾. Es zählt zu den weiblichen Gerechtigkeiten, ja bildet gleichsam den Anführer dieser Gruppe³⁵⁵⁾. Dennoch besteht ein deutlicher Unterschied: Gerade, Morgengabe, Mustheil fallen der Frau spätestens beim Tod ihres Mannes zu eigen zu, später ihren Erben - das Dotalitium niemals³⁵⁶⁾. Denn es ist nichts weiter als ein Nießbrauch an den Gütern des Mannes für die Lebenszeit der Frau³⁵⁷⁾. Das Institut findet sich fast nur noch bei adligen Frauen; selten auch bei bürgerlichen, hier vor allem, wenn es an Lehensgütern bestellt werden kann³⁵⁸⁾.

351) Decr.Grat. 2,3,1,3; Savigny, Besitz (o.Anm.19) S.503ff; Hübner S.232ff.

352) Hübner S.677.

353) Vgl. oben A V 2; Kaser II S.139.

354) Def. 2,42,2,1.

355) Jur Foem 7,5,LS.

357) Def. 2,42,2,2.

356) Def. 3,34,1,10f.

358) Def. 2,42,2,3.

Für den Umfang des Nießbrauchs hat sich der Nutzen vom doppelten Wert der Dos eingebürgert³⁵⁹⁾, doch kann ehevertraglich anderes bestimmt werden³⁶⁰⁾. Ursprünglich wurde das Dotatitium nur an Immobilien gewährt³⁶¹⁾, erst die stadtrechtliche Entwicklung hatte auch Mobilien zugelassen. Das findet sich auch bei Carpzov³⁶²⁾. - Die Rede ist von Geld - obwohl er grundsätzlich vom Nießbrauch an unbeweglichen Sachen ausgeht. Für diesen Nießbrauch muß die Frau dem römischen Recht entsprechend Sicherheit leisten³⁶³⁾. Gegen diese Lehre Carpzovs hat schon Schilter (1632 - 1705) Einwendungen erhoben³⁶⁴⁾. Er wirft Carpzov vor, das Nutzungsrecht der Frau zu verkennen; da es sich um ein deutschrechtliches Institut handle, sei die Annahme eines Nießbrauchs zu eng, man müsse vielmehr von einem Dominium utile ausgehen. Wenn man Schilter auch so weit nicht zu folgen braucht, so muß man seinen grundsätzlichen Einwand doch anerkennen. Ebenso wie das ehemännliche Nutzungsrecht geht das Gebrauchsrecht der Frau ursprünglich viel weiter als ein Nießbrauch³⁶⁵⁾. Bei Carpzov ist es auch inhaltlich weitgehend auf die Stufe des Nießbrauchs abgesunken.

Im gemeinen Recht ist das Dotatitium unbekannt, da es eine sächsische Sonderentwicklung darstellt. Im Anfang freiwilliger Natur, ist es inzwischen zu einem gesetzlichen Recht der Frau erstarkt, so daß sie es beanspruchen kann, selbst wenn der Mann es ihr nicht versprochen hatte³⁶⁶⁾. Das Dotatitium kann aber nur gefordert werden, wenn die Dos tatsächlich geleistet wurde³⁶⁷⁾ oder zumindest versprochen war³⁶⁸⁾ und die Frau jetzt nach dem Tod des Mannes noch die Leistung anbietet³⁶⁹⁾

359) Def. 2,42,2,7ff. 360) Resp. 6,5,15.

361) Ssp. 1,21 - v. Martitz S.193f.

362) Def. 2,42,7,8f.

363) Def. 2,42,7 - Kaser II S.220 Anm.17.

364) Exercitatio 17 § 19ff; zu Schilter vgl. Kap.4 zu Anm.89.

365) Vgl. ausführlich Agricola 486ff.

366) Resp. 6,56,1ff.

367) Def.3,19,8,2ff -Nov.2,5; C 5,3,20,4.

368) Def. 2,44,11 LS.

369) Def.2,44,14,Resp.6,56,LS und 3.- Wenn aber die Frau neben dem Dotatitium auch die Dos kraft Ehevertrages zurückerhalten sollte, so kann sie das Dotatitium nicht bekommen, wenn die Dos nicht geleistet war. Auch das Anerbieten der Leistung nützt dann nichts mehr. Def. 2,44,12.

An der Verknüpfung mit der Dos zeigt sich die Ableitung von der Donatio propter nuptias.

Für die Bestellung des Dotalitiums bestehen zwei Möglichkeiten: die Frau erhält das Dotalitium schon zu Lebzeiten des Mannes oder erst von seinem Tode an. Erhält sie es schon zu Lebzeiten des Mannes, so ist damit sofort die Dos verloren, denn das Dotalitium tritt an deren Stelle. Doch hat die Frau von der Bestellung, solange der Mann lebt, keinen Vorteil. Denn er behält das Eigentum und das Fruchtziehungsrecht an den Gegenständen³⁷⁰⁾ - hier scheint das sächsische Prinzip vom allein fruchtziehungsberechtigten Mann wieder durch - darf aber ein Grundstück, das zum Dotalitium gehört, nur bei drückenden Schulden und zwingender Notwendigkeit veräußern³⁷¹⁾. Erst mit dem Tode des Mannes erhält sie dann das eigene Fruchtziehungsrecht. Nur der Besitz soll ihr schon zu Lebzeiten zustehen³⁷²⁾. Das verwundert, da doch der Mann den Nießbrauch noch selbst hat. Man wird es als den Mitbesitz mit dem Manne zu verstehen haben.

Ist das Dotalitium nicht zu Lebzeiten des Mannes bestellt, so kann die Frau es nach seinem Tode von den Erben fordern. Es steht ihr insoweit ein Wahlrecht zu: entweder sie fordert die Dos - dann verliert sie das Dotalitium: damit auch Morgengabe und Musteil³⁷³⁾. Oder aber sie wählt das Dotalitium, dann geht ihr die Dos verloren, die dem Mann bzw. seinen Erben ganz und endgültig zufällt³⁷⁴⁾. Wenn sie sich für das Dotalitium entschied, hat sie den Erben gegenüber aber nicht die Stellung eines Vermächtnisnehmers, sondern sie erhält das Dotalitium kraft eigenen Rechts und besonderen Privilegiums³⁷⁵⁾.

Da das Dotalitium gleichsam der Spiegel der Dos ist - insoweit zeigt sich die römische Quelle der Donatio propter nuptias - so ist es wie diese mit einer Generalhypothek mit Vorzugsrecht am Gute des Mannes ausgestattet, die schon zu Lebzeiten des

370) Def. 2,42,11,4.

371) Def. 2,42,11,5 - vgl. Agricola S.491.

372) Def. 3,33,1,5f.

373) Def.2,44,5,1ff; Def. 3,37,5.

374) Def. 2,42,3,6ff.

375) Def. 3,33,1,1ff.

Mannes wirkt und zwar wie bei der Dos von der priesterlichen Einsegnung an³⁷⁶⁾. Schließlich hat die Frau auch analog der Dos für das Dotalitium ein Retentionsrecht³⁷⁷⁾.

3. Der Anfall der Gerade

Für den Anfall der Gerade an die Frau ergibt sich genau dieselbe Problematik wie für den der Mobilien an den Mann. Nach dem Sachsenspiegel³⁷⁸⁾ "nimmt" die Frau beim Tode des Mannes die Gerade. Da Carpzov grundsätzlich vom Eigentum der Frau an der Gerade ausgeht, leugnet er konsequent ein Erbrecht und schreibt ihr vielmehr die Gerade kraft eigenen Rechtes zu³⁷⁹⁾. Mit der Inbesitznahme muß sie aber bis zum 30. Tag nach dem Tod des Mannes warten³⁸⁰⁾. So hat es die Const.3,33 bestimmt ("so wollen wir, daß die Wittibe allererst nach dem dreyßigsten obbenante Stücke vor sich selbst zu nehmen Macht haben sol"). Doch bleibt, wie schon beim Mobiliarerbrecht des Mannes, die Frage offen, worin denn der besondere Vorteil von Todes wegen liegen soll, da doch die Frau schon zu Lebzeiten des Mannes Eigentum und Besitz gehabt haben soll. Jene Lehre der neueren Wissenschaft, die schon für den Sachsen- spiegel Eigentum der Frau an der Gerade annimmt, könnte das besondere Vorrecht der Frau beim Tode des Mannes noch auf ihren Besitzerwerb zurückführen. Bei Carpzov aber bleibt offen, was die Frau besonderes zugeteilt erhält.

4. Die gesetzliche Morgengabe

Carpzov kennt zwei Arten von Morgengabe: die freiwillige und die gesetzliche. Wie sich beide Arten in ihrer Rechtsnatur unterscheiden, so auch in ihrem Anwendungskreis. Die gesetzliche Morgengabe als durch den Sachsenspiegel bestimmter Vorteil der Frau beim Tod des Mannes³⁸¹⁾ ist nur noch bei Adligen üblich³⁸²⁾. Sie gilt als praemium virginitatis und

376) Def. 1,28,93; Def. 2,24,2.

377) Def. 2,25,8,6.

378) Ssp. 1,24,3; 3,76,1.

379) Jur Foem 7,8,1ff; Def. 3,33,1,1ff.

380) Def. 3,33,2 LS.

381) Jur Foem 7,1,20ff.

382) Def. 3,37,1 LS.

besteht aus allem feldgängigen weiblichen Vieh und Baumaterialien³⁸³⁾, wie schon der Sachsenspiegel³⁸⁴⁾ bestimmt hatte. Doch bestehen Änderungen ihm gegenüber. Er kannte keine Verpflichtungen zur Bestellung der Morgengabe; deren Herleitung aus dem Sachsenspiegel beruht auf einem altüberkommenen Mißverständnis³⁸⁵⁾. Doch hat Const 3,33 diese Auffassung gesetzlich sanktioniert. Auch die Gegenstände, die Carpzov nach allgemeiner Auffassung benennt, sind nicht mehr mit denen des Sachsenspiegels identisch: dieser kennt keine Beschränkung auf weibliches Vieh³⁸⁶⁾. Die Magdeburger Schöffen hielten noch längere Zeit an der richtigen Meinung fest und zählten auch männliche Tiere zur Morgengabe³⁸⁷⁾. Carpzov war diese Rechtsprechung bekannt, er geht aber einfach darüber hinweg³⁸⁸⁾.

Auch die Interpretation des Wortes "feldgängig" dahin, daß Zugtiere nicht zur Morgengabe gehörten³⁸⁹⁾, entspricht nicht dem Sachsenspiegel, war aber wie die Beschränkung auf weibliches Vieh allgemeine Auffassung³⁹⁰⁾.

Die andere Art der Morgengabe ist auch bei Bürgerlichen üblich. Sie ist als freiwillige Zuwendung des Mannes unter Lebenden als besondere Form der Ehegattenschenkung schon berührt worden. Die gesetzliche Morgengabe aber ist ein erbrechtlicher Vorteil, der der Frau erst beim Tode des Mannes zufällt. An den zu ihr gehörenden Gegenständen hatte die Frau mit dem Manne zusammen Besitz *jure familiaritatis*³⁹¹⁾. Aus diesem

383) Def. 3,33,20,4ff und Def. 3,33,21,3.

Ultra pecudes tamen foemellas ad Morgengabam quoque pertinent sepes, aedificia, carpenta et omnis materies lignorum praediis extruendis comparata.

384) Ssp. 1,24,1.

Dar hort to (scil: zur Morgengabe) alle veltperde unde rindere unde zegen unde swin, de vor den herde gat, unde tuned unde timmer.

385) Zur Entwicklung dieses Mißverständnisses vgl. Agricola S.507ff; v. Martitz S.225ff.

386) Def. 3,33,20,4 - den Wortlaut, den Carpzov zitiert, gibt es nicht.

387) v. Martitz S.227, Anm.10.

388) Def. 3,33,20,6.

389) Def. 3,33,20,6.

390) v. Martitz S.224ff.

391) Vgl. o.A I 1 zu Anm.18.

Besitz kommt ihr nun für die Morgengabe, wie auch für die Gerade, ein Zurückbehaltungsrecht zu, bis sie für ihre Ansprüche sichergestellt ist³⁹²⁾. Diese Ableitung aus dem gemeinsamen Besitz ist für das römische Recht wenig sinnvoll. Sie wird aber verständlich, wenn man darin die aus dem Weichbild stammende Befugnis erkennt, die Gewere nicht eher zu räumen, als bis die Morgengabe geleistet ist³⁹³⁾. Diese Befugnis deutet die Wissenschaft in das Retentionsrecht um, eine für die Rechtsentwicklung zwar charakteristische, aber nicht dem deutschen Bild entsprechende Veränderung.

5. Das Musteil

Musteil und Morgengabe stehen einander rechtlich in mancher Beziehung gleich³⁹⁴⁾. So sind beide - anders als die Gerade entsprechend der neueren Auffassung - nur noch für adlige Frauen im Gebrauch³⁹⁵⁾. Das Musteilrecht gibt der Frau einen Anspruch auf die Hälfte aller Speisevorräte, die am 30. Tag nach dem Tode des Mannes noch auf dem Hof vorhanden sind und zu seinen Lebzeiten schon vorhanden waren³⁹⁶⁾. Einzelheiten über die Speisen und Getränke, die hier nicht interessieren, erörtert Carpzov in aller Breite³⁹⁷⁾. Allgemein ist zu sagen, daß zum Musteil nur die Speisevorräte gehören, die schon der Mann in seinen Besitz genommen hatte; nicht also die zwar schon gebundenen, aber noch auf dem Feld befindlichen Getreidegarben³⁹⁸⁾. Auch der Umstand, daß der Mann schon Eigentum an den Garben erlangt hatte, ändert daran nichts, da es für die Zugehörigkeit zum Musteil allein auf den Besitz und nicht auf das Eigentum ankommt.- Anders als bei Morgengabe und Gerade nimmt die Frau das Musteil nicht selbständig, sondern nur mit Zustimmung der Erben³⁹⁹⁾.

392) Def. 3,33,1.

393) Weichbild Art. 24 § 2f; - Agricola S.203.

394) Def. 3,33,23,6.

395) Def. 3,37,1 LS; Jur Foem 7,5,1f.

396) Def. 3,34,2.

397) Def. 3,35,1ff.

398) Jur Foem 7,2,24ff.

399) Def. 3,33,3 LS.

6. Das Heergewäte

Obwohl es nicht in diesen Zusammenhang gehört, sei kurz auf das Heergewäte eingegangen. Auch dieses altsächsische Institut kennt Carpzov noch⁴⁰⁰⁾. Es umfaßt alle Gegenstände, die der Mann auf Kriegsfahrt braucht, und fällt beim Tod des Mannes seinen Agnaten "kraft eigenen Rechts und besonderer gesetzlicher Bestimmung" zu⁴⁰¹⁾. Es stellt die Parallele zur Niftelgerade dar⁴⁰²⁾, doch wird beim Konkurs der Agnat hinsichtlich des Heergewätes der Frau vorgezogen, soweit die Gerade berührt ist, aber nachgesetzt, soweit es um die Dos geht⁴⁰³⁾.

7. Die Rückgabe der Dos

Da der Tod des Mannes die Ehe auflöst, hat die Frau einen Anspruch auf die Rückgabe der Dos⁴⁰⁴⁾ - wenn sie nicht das Dotalitium vorzog. Diese zunächst echte römische Form⁴⁰⁵⁾ wird aber in der gewohnheitsrechtlichen Entwicklung im deutschen Recht durch sächsische Elemente verändert und beengt. Denn die Frau erhält Gerade, Morgengabe und Musteil nur dann, wenn sie die Dos nicht zurückfordert⁴⁰⁶⁾ - sonst gehen ihr die weiblichen Gerechtigkeiten verloren⁴⁰⁷⁾. Das hat seinen Grund darin, daß Gerade, Morgengabe und Musteil als Akzessorien des Dotalitium gelten⁴⁰⁸⁾. Das Dotalitium erhält die Frau aber als Ersatz für die Dos. Fordert sie diese zurück, so verliert sie das Dotalitium nebst seinen Akzessorien. Das bedeutet ein offenes Hemmnis für die Rückforderung der Dos. Es mischen sich hier die deutschen und römischen Formen in seltsamster Weise. Das Dotalitium als "Widerlage" der Dos, selbst schon ein mixtum compositum aus deutschen und römischen Bestandteilen, führt die weiblichen Gerechtigkeiten

400) Resp. 1,96 mit Einzelheiten über die dazugehörenden Gegenstände.

401) Resp. 1,96.

402) Resp. 1,96,21.

403) Def. 1,28,70, LS und 7.

404) Def. 2,42,1,6.

405) C 5,18,11.

406) Resp. 6,50,3f.

407) Def. 3,22,13,1ff.

408) Jur Foem 7,5,LS.

aus dem Vermögen der Frau, wenn sie auf die Dos nicht verzichten will. Der Grundgedanke für diese Verknüpfung dürfte im deutschen Recht zu suchen sein: Alle weiblichen Gerechtigkeiten des alten deutschen Rechts hatten den Zweck, die Frau nach der Ehe mit den notwendigsten Gegenständen auszustatten, um ihr einen eigenen Hausstand zu ermöglichen. Den selben Zweck verfolgte die Rückgabe der Dos. Wären nun beide Institute miteinander verbunden, so hätte die Frau gewissermaßen das Doppelte von dem bekommen, was ihr eigentlich zustand, da sich beide Rechte zu ihren Gunsten ausgewirkt hätten. Wenn die Frau die Dos wählt, führt das also zu einer Absage an alle jene Vorteile, die das deutsche Recht für sie bereit hielt. Die Frau muß gleichsam zwischen den beiden Rechten wählen und man spürt, wie wenig beide Systeme zueinander passen. Mit dem Dotalitium, der jüngsten Form, versucht die Entwicklung beide Rechte zu verbinden. Als echte Zwischenfigur, deren Abstammung in jedem einzelnen Zug deutlich wird, hat es diese Aufgabe bis zu einem gewissen Grade auch erfüllt. Doch wie äußerlich diese Verbindung ist, zeigt sich an dieser Alternative, vor die sie die Frau stellt.

Fordert sie die Dos zurück, so erlangt die Frau mit ihr auch das augmentum, die Substanzvermehrung, "zurück"⁴⁰⁹⁾; die Früchte verbleiben dem Mann⁴¹⁰⁾. Wenn die Dos verschlechtert ist, sind die Erben des Mannes zum Schadensersatz verpflichtet⁴¹¹⁾. Dies alles sind römische Gedanken, wie sich besonders an der Schadensersatzpflicht beweist. Denn nach deutschem Recht ist der Mann als Verfügungsbefugter niemals zum Schadensersatz für verlorene Stücke verpflichtet⁴¹²⁾. Dagegen macht sich wieder deutsches Rechtsgut bemerkbar, wenn der Frau gegenüber der Vorwurf zurückgewiesen wird, sie habe den Schaden zu Lebzeiten des Mannes nicht abgewendet, obwohl sie es gekonnt hätte⁴¹³⁾. Die Frau könne/nicht/gerichtlich gegen den Mann

409) Resp. 6,50,13f.

410) Def. 3,20,38,8ff; - D 23,3,7,pr. f.

411) Resp. 6,51,18.

412) Agricola S.286f; vgl. aber für Immobilien Schröder S.19 und S.74 Anm.27.

413) Def. 3,20,33.

vorgehen, begründet Carpzov. Zugrunde liegt der Satz, daß die Frau des Mannes Gabe nicht widersprechen darf ⁴¹⁴⁾.

Bis sie die Dos erhält, hat die Frau ein Zurückbehaltungsrecht⁴¹⁵⁾ bezüglich aller ihrer Ansprüche⁴¹⁶⁾ mit Ausnahme der streitigen⁴¹⁷⁾, das sind außer der Dos die Donatio propter nuptias oder Ansprüche auf andere ihr durch Ehevertrag zukommenden Stücke⁴¹⁸⁾. Das Zurückbehaltungsrecht erstreckt sich auf alle Güter des Mannes - feudale wie allodiale⁴¹⁹⁾ - aber nur bis zur Höhe ihrer Ansprüche⁴²⁰⁾. Für die Dauer des Retentionsrechts kann die Frau ihren Unterhalt aus den Gütern des Mannes bestreiten⁴²¹⁾, ist aber auch zur Verwaltung verpflichtet⁴²²⁾, so daß sie nach der Verwaltung Rechnung legen muß⁴²³⁾. Sie kann ihr Retentionsrecht aber auch verkaufen, verpfänden oder sonst darüber verfügen⁴²⁴⁾.

Bei diesen Lehren zum Retentionsrecht mischen sich deutsch-rechtliche Aspekte mit gemeinrechtlichen Fortbildungen römischer Institute⁴²⁵⁾. Das ist offenbar bei der Verknüpfung mit dem Unterhaltsrecht. Im justinianischen Recht waren zwar Tendenzen vorhanden, der Frau einen Unterhaltsanspruch gegen den Mann zuzugestehen, zu einer Rechtspflicht verdichten sie sich aber nicht⁴²⁶⁾. Bei Carpzov dagegen ist der Unterhaltsanspruch fraglos anerkannt⁴²⁷⁾, so daß auch die Verbindung mit dem Retentionsrecht unschwer hergestellt werden kann⁴²⁸⁾.

414) S.o. A I 2 zu Anm.46.

415) Def. 2,25,10 LS.

417) Def. 2,25,17,LS.

419) Def. 2,25,8,5.

421) Def. 2,25,12.

423) Def. 2,25,14,LS.

416) Def. 2,25,9,6.

418) Def. 2,25,10,LS.

420) Def. 2,25,11,LS.

422) Def. 2,25,13.

424) Def. 2,25,16,1.

425) Vgl. C 5, 12,29 - Glück § 1273 S.185.

426) D 24, 3,22,8 - vgl. Koschaker (Anm.30), Studi Bonfante IV S.3ff.

427) Def. 2,25,18,6. Doch gilt der Grundsatz "in praeteritum non vivitur" (Dec. 16,13) und die Frau ist bei Armut des Mannes ausnahmsweise ihrerseits zur Unterhaltsleistung verpflichtet (Def. 2,25,18,6 - C 5,12,29,pr.) Carpzov stützt sich auf D 23,3,73,1.

428) Vgl. Resp. 4,58; Def. 2,25,11.

C. Die güterrechtlichen Folgen der Scheidung

Die Ehe kann nicht nur durch den Tod, sondern auch durch Scheidung aufgelöst werden⁴²⁹⁾. Die daraus sich ergebenden vermögensrechtlichen Folgen werden von Carpzov aber so gut wie gar nicht behandelt. Dem unschuldigen Teil werden seine Güter zurückerstattet, der schuldige Ehemann verliert den Nießbrauch am Frauenvermögen und die Frau muß sich von nun an aus ihrem eigenen Gut ernähren⁴³⁰⁾. Nicht ganz klar wird, ob Carpzov die gemeinrechtliche Regel, daß dem Manne die Dos zufalle, wenn die Ehe aus Verschulden der Frau geschieden wird, auch für das sächsische Recht als gültig ansehen will⁴³¹⁾. Der Mann geht seiner Erbvortheile verlustig, wenn er die Frau bößlich verließ. Wird die Ehe deshalb geschieden, so hat doch die unschuldige Frau Anspruch auf die statutarische Portion. Die Höhe bestimmt sich aus dem Vermögen, das zur Zeit der Klageerhebung im Scheidungsprozeß vorhanden war und während seiner Dauer durch Erbfall hinzukam⁴³²⁾.

Damit sind die nebenbei gemachten Bemerkungen, die güterrechtliche Bedeutung haben, schon aufgeführt. Aus diesen geringen Notizen läßt sich über die Rechtsgestalt der einzelnen Institute nichts sagen.

Zweiter Abschnitt: Carpzov und die Rezeption

Die Kritik, die im Laufe des 18. Jahrhunderts gegen Carpzov laut wurde⁴³³⁾, rührt hauptsächlich von der unterschiedlichen Stellung her, die die Autoren gegenüber Carpzovs Verbindung von deutschem und römischem Recht einnahmen. Vielfach ist sie dabei ganz "germanistisch" gefärbt und nur als

429) Def. 4,20,11f.

431) Def. 3,23,3,2 und 5

433) Vgl. Kap.4.

430) Dec. 291,16.

432) Resp. 6,109,LS; 6,109,5.

tendenziös anzusprechen⁴³⁴⁾. Daneben aber stehen leidenschaftslose Juristen, die ihm mehr oder weniger deutlich Rechtsunkennntnis bescheinigen. Die berühmteste Stelle dieser Art enthalten Leysers *Meditationes ad Pandectas*⁴³⁵⁾, wo Carpzov mangelnde Kenntniss im römischen und vor allem kanonischen Recht vorgeworfen wird. Aber auch für das sächsische Recht hat ihm Schott⁴³⁶⁾ - allerdings in mäßiger Form - Verkenntnis des Sachspiegels vorgehalten. Während Leysers Kritik mehr auf das Fehlen positiver Rechtskenntnis abhebt, gehen Schotts und Thomasius' Vorwürfe auf das Verständnis Carpzovs vom Sinn des römischen und vor allem deutschen Rechts. Das soll an Hand des ersten Abschnitts gewürdigt werden.

Im einfachsten Sinn geht es um die Frage, welches Recht Carpzov bevorzugt - das deutsche oder das römische. Von einer höheren Warte aus bedeutet dieselbe Frage, ob Carpzov beide Rechtssysteme in ihrem Wesen erfaßt habe, ob er ihnen mit historischem Verständnis entgegengetreten ist. Diese Frage zu stellen, ist der Zeit nicht etwa unangemessen. Denn es war schon erkannt, daß das Recht, dessen sie sich bediente, nicht einheitlich sei, und Conrings Streit mit Tabor kann Carpzov unmöglich entgangen sein. Dennoch mag diese Frage Bedenken erwecken, da Carpzovs Ausführungen nur die Rechtsprechung des Leipziger Schöppenstuhles wiedergeben und nicht einmal alle Begründungen die seinen sind⁴³⁷⁾. Nichtsdestoweniger ist eine Beurteilung seines Werkes möglich. Denn gerade in der Art der Begründung vorgegebener Urteile ist seine Tendenz aufzuspüren, gerade in der Wahl der Übernahmen muß sich seine Einstellung zeigen. Trotz gewisser Unselbständigkeiten ist ein spezifisches carpszovisches Lehrgebäude vorhanden - aus der Wahl seiner Vorlagen -, das, wenn auch vielleicht nach fremdem Plan und mit fremden Bausteinen, dennoch in seinem Sinne erbaut ist.

434) Z.B. Thomasius.

435) Spec. 333, thes. 12.

436) Liber 2, Sectio 2 § 19 Anm2.

437) Vgl. Kap. 2, 3. Abschnitt.

Sein auffallendster Zug ist die völlige Gleichberechtigung aller Rechtsnormen, die nur auf der Vorstellung von ihrer Einheitlichkeit beruhen kann. Gemeinsächsisches, römisch-gemeines, kanonisches, örtliches Recht - sie sind als Rechtsquellen alle gleichberechtigt und gleichgeartet. Die Frage nach dem Geltungsgrund eines Rechtes kennt Carpzov nicht. Der Gedanke, das römische Recht dem deutschen entgegenzusetzen, weil es von einem anderen Volk stammt, ist ihm fremd. Die Differenzierungen zwischen den verschiedenen Systemen, die er vornimmt⁴³⁸⁾, fußen keineswegs auf dem Geltungsgrund, sondern auf dem Geltungsbereich. Die Norm des engeren Wirkungsbereiches geht der des weiteren vor, wie es der Satutentheorie entspricht⁴³⁹⁾. Daher ist auch das Verhältnis beider großen Rechtssysteme - deutsches und römisches Recht - nicht das zweier gegensätzlicher Formen, sondern das der weitem zur engeren Rechtswirkung, wie es in dem Bild der konzentrischen Kreise gekennzeichnet zu werden pflegt. Aus dieser Vorstellung vom Verhältnis der beiden wichtigsten Rechte in seinem Werk rühren die Inkonssequenzen⁴⁴⁰⁾ und vor allem die Verformungen der ursprünglichen Institute⁴⁴¹⁾ aus beiden Systemen. Zum größten Teil kann Carpzov hier auf Vorgänger zurückweisen, sich auf die allgemeine Anschauung stützen. Aber in wenigen Fällen, z.B. Rückforderung des Kaufpreises über die praesumptio Muciana gegen die Entscheidung des Schöppenstuhles - schreitet er auch auf eigenen Wegen. Von den Veränderungen sind die römischen Institute genau so betroffen wie die deutschen⁴⁴²⁾. Es läßt sich nicht sagen, daß das eine Recht dem anderen gegenüber bevorzugt würde. Wieweit Carpzov damit der herrschenden Lehre sich anpasste und wieweit er auf eigener Entscheidung baute, ist nicht von Bedeutung. Denn in beiden Fällen hat er das wahre Gesicht des Instituts mißverstanden.

438) Z.B. beim Erbrecht der Frau nach dem Mann.

439) Vgl. Kap. 2,1. Abschnitt.

440) Eigentum an der Dos bald beim Mann, bald bei der Frau; keine Ersetzung der Zustimmung des Mannes durch einen Curator.

441) Praesumptio Muciana einerseits, eheliche Vormundschaft andererseits.

442) Mobilärerbrecht des Mannes an der Dos; Nutzungsrecht am Paraphernalgut; - Ausgleich der Verfügungen des Mannes über Frauengut; Leibzucht und Dotulitium; ehemännliche Gewalt und Schutzfunktion der Tutela.

Faßt man das innere System ins Auge, so treten für die Verknüpfungsweise beider Rechte deutliche Richtlinien hervor. Nach dem äußeren Eindruck überwiegen im ehelichen Güterrecht die deutschrechtlichen Formen. Man wird es, soweit es Parallelbildungen im deutschen Recht zum römischen auf anderen Gebieten des Zivilrechts gab, mit Vorsicht auch von diesen sagen können; doch mögen mit Rücksicht auf das besondere Beharrungsvermögen ehe- und erbrechtlicher Institute⁴⁴³⁾ die Grenzen dort geringfügig zu Gunsten des römischen Einflusses verschoben sein. Im Ehegüterrecht scheint außer der Dos und ihren "Akzessorien" (Donatio propter nuptias, Paraphernen, Generalhypothek) nichts aus dem römischen Bereich neu eingeführt und selbst diese haben sich im Erbrecht den sächsischen Regeln angepaßt. Dagegen sind die Grundformen des Sachsenrechts alle noch vorhanden - mit Ausnahme der schon früh untergegangenen "Ursal" - : Leibzucht, Gerade, Morgengabe, Musteil, Verfügungs-, Nutzungs- und Mobiliärerbrecht des Mannes am Frauengut, Eigentumserwerb des Mannes an der Errungenschaft: - alles Bestimmungen des Sachsenspiegels, in ihrer Gestalt bewahrt und wirksam wie einst. Doch der Schein trügt. Gewahrt ist nur die äußere Gestalt. Das Knochengerüst, das diese Körper trägt, ist völlig ausgewechselt, ersetzt durch Formen des römisch-gemeinen Rechts. Des Ehemannes Vormundschaft wurde zur Tutela, das Vorzugsrecht der Frau hinsichtlich der Gerade steht gleich dem Eigentum der Frau vom Augenblick des Eheschlusses an, dasselbe gilt bezüglich der Mobilien für den Mann⁴⁴⁴⁾. Das Nutzungsrecht des Mannes am eingebrachten Gut der Frau wie das der Frau am Dotallitium leben nur als Ususfructus fort. Das Leibgedinge selbst ist eine Unterart der Donatio propter nuptias geworden, die Unterwerfung des Weibes unter die ehemännliche Vormundschaft findet sich in partielle Handlungsunfähigkeit umgedeutet. Das Eigentum des Mannes am Arbeits-

443) Vgl. Anm. 1.

444) Der Versuch, den "Erbfall" jeweils als besonderes sächsisches Privileg zu charakterisieren, wurde als wenig überzeugend nachgewiesen. Er kann daher nicht als Nachweis dafür herangezogen werden, Carpzov habe hier besondere sächsische Formen wahren wollen.

erwerb der Frau wird auf die Praesumptio Muciana zurückgeführt. Daß diese so ihres wahren Charakters ganz entkleidet wird, ficht dabei nicht an: die Ableitung ist römisch. Die ehemännliche Verfügungsbefugnis über Immobilien mit der Zustimmung der Frau wird aus ihrer Selbstverpflichtung durch die Genehmigung begründet, das Verbot der Ehegattenschenkung aus dem Gedanken der Bereicherung.- Wie zweifelhaft auch gerade diese Konstruktionen anmuten, sie weisen doch alle auf das römische Recht zurück. Wo bleiben deutsche Rechtsgedanken deutsch begründet? Das Recht, vom Feld, das vor dem Tod der Frau vom Mann beackert wurde, Frucht zu ziehen, Mustheil und Morgengabe, die Gerade, das Heergewäte blieben, verändert zwar durch stadtrechtlichen Einfluß, vom römischen Recht fast frei. Doch auch für sie ist die Erklärung aus dem römischen Recht genommen. Sie werden entweder als besondere Erbvorteile kraft Gesetzes verstanden, oder der Frau schon zu Lebzeiten als Eigentum zugeschrieben.

Das römische Recht hat die deutschen Formen ausgefüllt, die sächsischen Begriffe sind mit der Übersetzung nicht nur um den Namen, sondern auch um den Inhalt gekommen, wenn nur das andere Recht ein leidlich passend zugeschnittenes Gewand zu bieten vermochte. Und auf diese Weise drang auch sachlich Neues ein: die Sicherheitsleistung für den Nießbrauch am Leibgedinge, die Ausgleichspflicht des Mannes, der in Interessenkollision als Tutor handelte, die Ausnahmen vom Verbot der Ehegattenschenkung.

Wieacker⁴⁴⁵⁾ hat die Rezeption als Verwissenschaftlichung des deutschen Rechts gekennzeichnet. Daß die Behauptung zutrifft, zeigt sich hier. Denn Zweck der Anwendung des römischen Rechts bei Carpzov ist es, die einheimischen Formen juristisch faßbar zu machen, indem man sie ins römische System zu pressen sucht. Doch wäre mit dieser Feststellung zu wenig ausgesagt. Denn auf dem Weg über das auf diese Weise rezipierte innere System kam auch die sachlich andere Aus-

445) PrRG S.118.

gestaltung. Das gilt für die Handlungsfähigkeit der Frau, für die Interessenkollision beim ehelichen Vormund, die Ausnahmen vom Verbot der Ehegattenschenkung, der Ersatzpflicht des Mannes für Verfügungen über Frauengut. Zugleich aber dringen auch ganz neue Rechtsfiguren ein. Dos, aestimatio dotis, Paraphern, Donatio propter nuptias und die Generalhypotheken sind Formen, die, im deutschen Recht nicht einmal im Ansatz vorhanden, vom Corpus Juris übernommen sind. Daß auch sie dadurch sachliche Veränderungen erfuhren, beeinträchtigt die Romanisierung nicht: denn eine Form war nun einmal übernommen.

Es geht dabei nicht um den Vorteil oder Nachteil einer solchen Übernahme. Der Streit darum ist alt und wenig sinnvoll. Doch wird durch die Hervorhebung dieses Verhältnisses bei Carpzov seine Stellung zu den beiden Rechten deutlich. Er sieht, von römischem Gedankengut erfüllt, die römischen Regeln als juristisches Allgemeingut, die römischen Einrichtungen kraft der ihnen innewohnenden Vernunft als überall geltend an. Das Sachsenrecht hat sich dem römischen Geist anzupassen. Diesem ist bei Carpzov die deutsche Form nur äußere Hülle, die er gestaltend durchdringt. Die Rezeption hat hier ihren Höhepunkt, und selbst die im Ergebnis deutscher Vorstellung entsprechenden Entscheidungen stützen sich auf römische Gründe⁴⁴⁶⁾.

Carpzov war im Sachsenspiegel und im Weichbildrecht bewandert, wenn er auch die Veränderungen, die das Landrecht aus den stadtrechtlichen Quellen erfuhr, nicht stets als solche erkannte⁴⁴⁷⁾. Er bemüht sich, die deutschen Quellen heranzuziehen. Dennoch sieht und versteht er sie nur vom römischen Recht her. Wenn das sächsische Recht vom römischen abweicht, wird es nur akzeptiert, falls die Abweichung durch den Gerichtsgebrauch in Geltung erhalten ist. Doch die Begründung dafür ist stets dem römischen Gedankengut verpflichtet - daher die manchmal geringe Überzeugungskraft der Argumente⁴⁴⁸⁾ -

446) Vgl. Verfügungsrecht des Mannes über Gerade und Grundstücke der Frau, Eigentum des Mannes an der Errungenschaft als besonders deutliche Beispiele.

447) Besitzerfordernis bei der Gerade; Dotatitium an Mobilien.

448) Verfügung des Mannes mit Zustimmung der Frau, Ableitung

mindestens schon dadurch, daß sie auf der Statutentheorie beruht. Denn diese dient ja gerade dazu, dem römischen Recht seinen Rang zu wahren, indem sie es als selbstverständliche Grundregel voraussetzt, der nur durch Spezialnorm derogiert werden kann.

Nicht unbeträchtlich mag der Einfluß auf Carpzov gewesen sein, der von der Grundhaltung der Constitutionen ausging. Sind die Ausführungen Carpzovs, die unmittelbar auf gesetzlicher Regelung der Constitutionen beruhen, auch für die Untersuchung der Rezeption in seinem Werk uninteressant, weil hier Carpzov eine vorgeschriebene Lösung vorfand und er einer anderen Begründung als die Berufung auf das Gesetz nicht bedurfte, so weist ihre Grundeinstellung doch unübersehbar auf das römische Recht zurück⁴⁴⁹⁾. Es herrscht der Geist der gemeinrechtlichen Jurisprudenz. Diese aber ist in Anlage und Ausführung rein römisch-rechtlich bestimmt. Auch sie erkennt die deutschen Institute nur in römischer Verkleidung. Zwar will sie die Statutarbestimmungen wahren, doch ihre Denkformen können sich dem nicht anpassen. In dieser Tradition steht Carpzov und es wäre erstaunlich, wenn sich das in seinen Werken nicht auswirken sollte oder der Umfang der Rezeption in seinem Werk dem nicht entspräche.

Aus dieser Quelle fließt auch die noch vorhandene Bedeutung des kanonischen Rechts. Sie ist allerdings nur gering⁴⁵⁰⁾, wenn man von der ganz durch die Kanonistik geprägten Besitzlehre absieht. Auch beim Prozeßrecht scheinen noch Beziehungen von Bedeutung nachweisbar.

Überblickt man das entworfene Bild, so ergibt sich:

1. Das deutsche Recht hat seine äußeren Ergebnisse weithin zu wahren vermocht und zwar in den Formen des sächsischen Landrechts. Das System des Sachsenspiegels aber ist fast gänzlich

des Manneserwerbs aus der Praesumptio Muciana.

449) Kunkel I, 2 S. XLIV.

450) Sequestration der Dos, Rückgabe der Donatio propter nuptias nach Eheauflösung, Spolienklage bei der Besitzentziehung.

verdrängt von dem des römischen Rechts. Alle Formen des Sachsen spiegels sind mit römischen Gründen abgeleitet, mit römischen Begriffen definiert oder gleichgesetzt. Das Wesen der deutschen Institute wird so notwendig verkannt, ihre Gestalt gewaltsam in ähnliche römische Formen gepreßt. Zum Teil geht ihnen dabei ihre wahre Bedeutung verloren. Das ganze carpzovsche Lehrgebäude ruht also im Ergebnis auf manchmal unsicheren römischen Fundamenten. Das sächsische Recht ist weitgehend Fassade. Ausnahmen bestätigen die Regel.

2. Carpzov fehlt es am historischen Gefühl für das Recht. In das innere Wesen der Formenwelt beider Rechtssysteme hat er keinen Einblick. So wie er das deutsche Recht aus römischen Gründen rechtfertigt⁴⁵¹⁾, so erläutert er das römische aus deutschen Vorstellungen⁴⁵²⁾.

Stintzing⁴⁵³⁾ hat Carpzov nachgerühmt, er habe, was Conring als historisch berechtigt nachgewiesen, die Rechtswissenschaft auch dem Stoffe nach zu einer deutschen gemacht. Es ist nicht zu bestreiten, daß der erste Eindruck - jedenfalls was das eheliche Güterrecht anbelangt - zum Vorteil des deutschen Rechts ausfällt. Doch wäre es unzutreffend, das Carpzov als Verdienst anzurechnen. Er hat das Sachsenrecht nicht als "deutsches", ja nicht einmal als "sächsisches" im wesensmäßigen Gegensatz zum römischen gesehen, sondern dieses als die allgemeine, jenes als die besondere Ausgestaltung derselben Rechtsvorstellungen verstanden⁴⁵⁴⁾. Nur in diesem Sinne kann Stintzing zugestimmt werden. Carpzov wollte im Rahmen des gemeinen römischen dem sächsischen Recht den ihm als Statut gebührenden Platz zuweisen. Daß er es dabei als ein besonders stark entwickeltes Beispiel eines Statutarrechts empfand, ist möglich. Doch stellte er es nicht neben oder gar gegen, sondern in das römische Recht. Daß er dabei mehr als das gemeine Statutarrecht darbot, lag nur im Sinn der selbstgesetzten

451) Beispiel: Verbot der Ehegattenschenkung.

452) Beispiel: Zulässigkeit der Veräußerung des Dotalgrundstückes mit Zustimmung eines Curators.

453) Stintzing II S.8f.

454) o.Kap.2.~ Zu diesem Ergebnis vgl. auch H.-A.Schultze von Lasaulx "Die Kreise des Gemeinen Sachsenrechts" in Festschrift für Justus Wilh.Hedemann, Jena 1938 S.51ff, insbes. S.62ff.

Aufgabe. Doch kann man sein Werk nicht als zweckgerichtete Förderung des sächsischen gegen das römische Recht auffassen. Conring arbeitete im Ergebnis gegen, Carpzov für das römische Recht oder mindestens mit ihm. Wahrscheinlich war ihm das nicht bewußt. Denn ihm konnte aus seiner Vorstellung dieser Gedanke gar nicht kommen, weil für ihn beide Rechte ein System bilden. Es hindert nichts, in Carpzov den Wegmacher für ein eigenständiges deutsches Rechtsdenken zu sehen. Er war es aber nicht mit Wissen oder gar aus Überzeugung, sondern aus Zufall - oder historischer Notwendigkeit.

Viertes Kapitel

Der Einfluß Carpzovs auf Mit- und Nachwelt

Es ist in den vorangehenden Kapiteln gezeigt worden, daß Carpzov in Methode und Tendenz dem Althergebrachten verpflichtet war. Dazu veranlaßte ihn seine Herkunft aus der gerichtlichen Praxis. Die folgende Epoche brachte die Loslösung der deutschen Rechtswissenschaft von der Praxis; ihre selbständige - wissenschaftliche - Entwicklung beginnt. Damit verbunden ist die Rückbesinnung auf die Ursprünge des deutschen Rechts, ein verstehendes Eindringen in das geschichtliche Wachsen wird angestrebt. Zugleich gelangt die antiquarische Richtung von der romanistischen Seite her zu neuen Höhepunkten. Alle diese Bestrebungen müssen sich mit dem Vorgänger Carpzov auseinandersetzen, jede durch die ihr eigene Tendenz beeinflußt. Das Bild Carpzovs muß für sie alle früher oder später verblassen, da er ihre Bestrebungen nicht teilen, geschweige denn fördern kann. Zugleich muß die Stellungnahme, die die Autoren dieser neuen Zeit zu dem berühmten Schöpfer bezogen, Rückschlüsse darauf zulassen, was seinen Einfluß begründet habe und ihn - vielleicht - noch andauern ließ.- Die Untersuchung muß von dem Gegensatz zwischen Theorie und Praxis ausgehen. Wie bei dem Praktiker Carpzov kaum anders zu erwarten, ist seine Wirkung und Wertschätzung zu seinen Lebzeiten wie nach seinem Tode von dem polaren Gegensatz dieser beiden Erscheinungsformen der Jurisprudenz bestimmt.

Erster Abschnitt: Die Praxis

I.) Zwei Aufgaben bestimmen das Bild der juristischen Praxis: Gesetzgebung und Rechtsfindung¹⁾. Auf beiden Gebieten hat

1) Unter dem Begriff Rechtsfindung ist hier jede juristische Rechtsanwendung außerhalb der Legislative zu verstehen; es sind also Rechtsprechung (Richter), Rechtsberatung (Rechtsanwalt) und Staatsverwaltung (Beamter) gemeint. Für den

Carpzov großen Einfluß gewonnen, so sehr, daß v. Weber²⁾ es als eine Notwendigkeit für seine Nachfolger bezeichnen konnte, Carpzovs Ansehen zu vernichten, um ihn überwinden zu können.

1. Die Gesetzgebung (Decisionen von 1661)

Wegen der territorialen Begrenztheit seines Wirkungskreises kommt für die Untersuchung eines Einflusses Carpzovs auf die Gesetzgebung nur das kursächsische Rechtsgebiet in Betracht. Hier bietet sich auch in den "Novae Decisiones Electorales" von 1661 ein Gesetz als Prüfungsobjekt, das noch zu Lebzeiten Carpzovs erlassen wurde. Der Anlaß zu dieser Gesetzgebung war, wie schon für die "Kursächsischen Konstitutionen" von 1572 das neuerliche Auftauchen von Widersprüchen in den Entscheidungen der Richterkollegien des Landes. Wie seinerzeit die Konstitutionen räumten auch die Decisionen auf Grund von Beratungen und Vereinbarungen der verschiedenen Dikasterien in 91 Einzelpunkten Differenzen der Rechtsprechungsorgane aus. Diese Decisionen haben zwar für die tägliche Praxis bei den Gerichten dieselbe große Bedeutung erlangt, wie ehemals die Konstitutionen. Dennoch kann man sie diesen kaum an die Seite stellen. Die Konstitutionen waren 1572 eine gesetzgeberische Pioniertat, ein erster Schritt auf dem Wege zur Vereinheitlichung des Rechts gewesen. Ein gleiches Vorgehen fast 100 Jahre später konnte diesen Rang nicht mehr beanspruchen. Die verwirrende Vielfalt kurfürstlicher Landesordnungen, Edikte und Handschreiben verlangte dringend nach einer generellen Bereinigung³⁾. Die systemlos aneinandergereihte Aufzählung einiger

Einfluß Carpzovs auf die Praxis ist eine Beschränkung auf die Rechtsprechung angebracht. Die anwaltliche Tätigkeit der Rechtsberatung tritt ohnehin nur im Verhältnis zum Gericht im Prozeß hervor; und die staatsverwaltende Tätigkeit kann hier deshalb außer Betracht bleiben, weil sie im wesentlichen das öffentliche Recht betrifft, das von Carpzov in seiner verwaltungs- und verfassungsrechtlichen Seite nicht behandelt wird.

2) Rosenfeld-Festschrift S.49.

3) Vgl. die Decisionen 2; 40; aus deren Text sich klar ergibt, daß die auszuräumenden Differenzen auf unklaren Äußerungen des Gesetzgebers in verschiedenen Gesetzen beruhten.

aufgelöster Widersprüche, wie die Decisionen sie allein boten, kann unter diesen Umständen nur als Flucht vor der großen Aufgabe gewertet werden. Die Zeit für Novellen dieser Art, denen man keinen hohen Grad gesetzgeberischer Kunst bescheinigen kann, war vorbei, an den Gesetzgeber mußte und durfte man schon höhere Anforderungen stellen.

Es ist kaum zweifelhaft, daß Carpzov selbst an den Vorarbeiten zu dieser Kodifikation mitgewirkt hat; Sicheres läßt sich aber nicht sagen, denn bisher fehlt eine ähnlich eingehende Untersuchung über die Entstehung und Durchberatung dieses Gesetzes in den Dikasterien, wie sie Schletter den Konstitutionen hat angedeihen lassen⁴⁾. Daß eine Einflußnahme Carpzovs auf die Redaktion des Wortlautes vorhanden gewesen sein muß, läßt sich aus den Formulierungen einzelner Decisionen entnehmen. Nach der Übung der Zeit führen sie die gesetzgeberischen Motive in aller Breite auf; dabei muten manche Passagen wie Übersetzungen der entsprechenden Stelle aus Carpzov ins Deutsche an⁵⁾.

Auf diese rein äußerliche Mitwirkung Carpzovs am Wortlaut der Einzel-Decision kommt es aber nicht an; sein Einfluß reicht weiter. Die Ganze Novellengesetzgebung ist von seinen Anschauungen geprägt. Das ergibt sich aus einem Vergleich der Decisionen mit seinen zuvor in den großen Sammelwerken geäußerten Ansichten: die überwiegende Zahl der gesetzgeberischen Einzelentscheidungen folgt der Meinung Carpzovs⁶⁾.

Von den 91 Decisionen haben sich 17 gegen seine Auffassung entschieden. Gründe dafür sind nicht ersichtlich. Die Decisionen geben trotz ihrer Motivation keinen Aufschluß, da sie nach Benennung der Argumente für und wider sich in der Regel ohne Begründung für eine der beiden Meinungen entscheiden⁷⁾. - Bei

4) Vgl. Literaturverzeichnis.

5) LS zu Dec.nov. 88 und LS des Resp. 2,52
Decisio 46 = Def. 3,4,12, bes. 3 und 4.

6) Siehe Anhang.

7) Allenfalls wird erklärt, die Gesetz gewordene Meinung erscheine besser oder billiger.

5 der Decisionen kann der Einfluß Carpzovs nicht beurteilt werden, da in seinen Werken eine Stellungnahme nicht aufzufinden ist.- Alle übrigen Decisionen, d.h., 69 von 91, entsprechen seiner Meinung zum jeweiligen Streitpunkt. Daß dies nicht nur Zufall ist, zeigt sich an der Decisio 28, die Carpzovs Meinung⁸⁾ gegen die allgemeine Anschauung folgt. Hält man die wörtlichen Anklänge im Text der Decisio 46 daneben⁹⁾, so wird deutlich, welche Stellung Carpzov bei den Vorarbeiten zu diesem Gesetz zugekommen sein muß. Man wird dabei den Rückhalt nicht außer Acht lassen können, den er bei den Gerichten gefunden haben dürfte, deren Urteile er seiner Entscheidung der jeweiligen Streitfrage zugrunde gelegt hatte. Sicher war es nicht nur das Ansehen seiner Persönlichkeit, die für das eine oder das andere den Ausschlag gab, sondern auch die Autorität der von ihm vertretenen Auffassung der Leipziger Schöppen oder des Appellationsgerichtes. Allein auf diese ist die starke Berücksichtigung carpzovscher Äußerungen bei der Decisionengesetzgebung wohl nicht zu stützen, sondern ihr Zusammenwirken mit dem Ansehen des berühmten Mannes dürfte als maßgebliche Ursache anzusprechen sein.

2. Die Rechtsprechung

Den Einfluß zu bestimmen, den Carpzov auf die Rechtsprechung nahm, ist schwieriger als bei der Gesetzgebung, da die Urteile nicht zusammengefaßt zugänglich sind. Es müssen also mittelbare Quellen erschlossen werden.

a) Hier bieten sich zunächst beliebige juristische Werke, in denen Sprüche abgedruckt sind, soweit sie die rationes dubitandi et decidendi nebst Allegaten übernehmen. Bei einer Durchsicht dieser Responsen¹⁰⁾ zeigt sich, daß die meisten nicht ohne Carpzov auskommen und neben anderen Autoren vor allem ihn

8) Resp. 5,33.

9) Vgl. Anm.5. Man vgl. etwa auch die Reihenfolge von Decisionen und Carpzov-Stellen bei Decis. 8-10 und 29-30 - siehe Anhang.

10) Unter dieser zusammenfassenden Bezeichnung werden Urteile und Gutachten von Gerichten und Fakultäten verstanden.

heranziehen¹¹⁾. Dabei ist der Kreis der Spruchkörperschaften räumlich weit gespannt. Nicht nur die kursächsischen Dikasterien¹²⁾, bei denen sich die Allegation Carpzovs gewissermaßen von selbst versteht, oder die benachbarten Jenenser¹³⁾, Marburger¹⁴⁾ oder Halleschen¹⁵⁾ Fakultäten, auch die Tübinger¹⁶⁾ und Freiburger¹⁷⁾ und andere¹⁸⁾ Fakultäten berufen sich auf ihn; der Gerichte ganz zu schweigen, von denen hier nur das Reichskammergericht¹⁹⁾ angeführt werden soll. Aus dieser Zusammenstellung erweist sich, daß die Auswirkung der Carpzovschen Schriften nicht auf das engere kur- oder weitere gemeinsächsische Gebiet in Nord-, Ost- und Mitteldeutschland beschränkt war. Auch die weit außerhalb des Einflußbereiches sächsischer Rechtsgeltung im deutschen Süden gelegenen Universitäten ziehen ihn heran.

b) Ein weiterer Beweis für das Ansehen der carpzovschen Werke bei den Gerichten findet sich in den Schriften späterer Juristen, soweit sie im Hinblick auf die Spruchpraxis der Gerichte auf deren Abhängigkeit von Carpzov verweisen. Hierzu ist vor allem in Bergers *Oeconomia* reiches Material geboten. Er bezeugt an zahlreichen Stellen, daß die von Carpzov einst geäußerte Meinung von den Gerichten des sächsischen Rechtskreises bis zu seiner Zeit, d.h., für die erste Auflage 1710²⁰⁾, festgehalten und danach Recht gesprochen wurde²¹⁾, dies sogar

-
- 11) Als Beispiele: in Stryk's "Specimen usus moderni Pandectarum" 2,1,26; 2,4,12; 3,2,6; 4,4,13; am häufigsten bei Friedr. Gottl. Struve's "Systema Jurisprudentiae Opificiariae" Lemgo 1738: 1,4,3,10; 1,4,4,24; 2,1,6,27; 2,1,10,9; 2,2,6,18 und viele andere.
- 12) Berger, *Oeconomia* 3,2,4,4; Fr. Gottl. Struve (Anm. 11) 2,1,10,9.
- 13) Richter (Anm. 45), *Decisio* 32, num 25.
- 14) von Cramer (Anm. 127), *Observatio* 472, § 2.
- 15) Boehmer 23,2,7; 24,2,4. 16) v. Cramer, *Obs.* 478, § 1.
- 17) Diesen Hinweis verdanke ich Herrn Gerichtsref. Claus Schott, dessen Dissertation die Spruchfähigkeit der Freiburger Juristenfakultät behandelt. Als Beispiele für viele Resp. seien herausgegriffen: Univ. Arch. Sign. Jur. Fak., VIII, Gutachten, Resp. v. 19. Febr. 1734 für Kloster Salem; Resp. v. 12. Juli 1735 für das Kollegialstift St. Martin zu Rheinfelden.
- 18) v. Cramer, *Obs.* 26, § 8; F. G. Struve "Jurispr. Opif." 2,1,10,25.
- 19) v. Cramer, *Obs.* 558.
- 20) Berger *Oeconomia* 2,4,4,2; 2,4,16,6; hier ist in der 6. Aufl. 1744 ein Urteil aus dem Jahre 1721 angeführt.
- 21) Berger, *Oeconomia*, 2,4,6,5; 2,4,16,4; 2,4,43,8; 2,5,13,4.

in Fällen, da er diese Meinung als unrichtig nachzuweisen sich veranlaßt sieht²²⁾. Ja sogar gegen die herrschende Lehre in der Literatur halten die Dikasterien an Carpzovs Entscheidung fest²³⁾.

Daß dies eine weit verbreitete Einstellung der Gerichte gewesen sein muß, läßt sich aus J.H. Boehmers Exercitationen entnehmen; er klagt, fast überall in der Welt seien Richterstühle an den Gerichtshöfen mit Leuten besetzt, denen nichts ehr- und vertrauenswürdiger sei, als von altersher überlieferte Irrtümer der Praktiker für das sicherste Recht auszugeben, und sie glaubten, man dürfe bei der Entscheidung nicht davon abgehen²⁴⁾. Das ist zwar nicht ausdrücklich auf Carpzov gezielt; daß dennoch er damit gemeint ist, zeigt sich aus den folgenden Sätzen, wo ein solcher von Carpzov noch widerspruchsfrei übernommener Irrtum als (laut Berger) von den sächsischen Gerichten endlich überwunden begrüßt wird. Den hier geschilderten Einfluß Carpzovs auf die Gerichte des sächsischen Rechtskreises wird man also kaum hoch genug veranschlagen können. Wie bezeichnend, wenn Berger eine von Carpzov abweichende Rechtsprechung stets als auffallend hervorhebt!- Er kann es selten genug tun²⁵⁾.

c) Eine dritte Quelle bietet Aufschluß über den Einfluß Carpzovs auf die richterliche Praxis. Gedacht ist hier an eine Literaturgattung "zweiter Klasse", die ohne jeden Anspruch

-
- 22) Berger, *Oeconomia* 2,4,38,2; "Quam sententiam, repudiata communi, sequimur in foro. Carpzovius 3,14,5."
Vgl. auch 3,3,8,8.
- 23) Berger, *Oeconomia* 2,4,36,1 "atque ea est communis sententia (folgen Allegate) Quamvis Carpzovius eam falsam dicat (Def. 3,9,12) Carpzovio assentiuntur Facultates, cum Lipsiensis 1710;" 2,4,43,8; "at Collegia Saxonica, Lipsiensia praecipue, hodieque sequuntur opinionem Carpzovii"
vgl. auch 4,28,1,9.
- 24) Boehmer, *Exercitationes ad Pandectas*, Hannover 1764, Exerc. 10, § 12 a E. "His tamen non obstantibus fatetur eo maxime hominum genere in toto terrarum orbe tribunalium fere omnium subsellia undique redundare, quibus nihil familiarius et antiquius est, quam ut inveteratos pragmaticorum errores pro certissimis legibus obtrudant, et consulendo recedere putent non oportere".
- 25) Berger, *Oeconomia* 2,4,36,1; 2,4,54,11; 3,2,4,4.

auf "Originalität"²⁶⁾ und Gedankentiefe²⁷⁾ lediglich dem Praktiker helfen will, der täglich mit Gerichtsfällen befaßt ist und ein handliches Nachschlagewerk benötigt. Aus Sinn und Aufgabe dieser Literatur darf man darauf schließen, daß sie nur jene Autoren heranzog, deren Bedeutung und damit Brauchbarkeit offenkundig war. Es sollte den Prozeßbeteiligten die Möglichkeit geboten werden, sich rasch, gründlich und zutreffend über eine Frage zu informieren, ein allgemein anerkanntes Ergebnis zu finden. Für diese Zwecke waren lediglich Autoren geeignet, deren Werke leicht auszuschreiben und allgemein geschätzt waren. Dabei mochte die praktische Bedeutung der übernommenen Autoren in der Trefflichkeit und Kunst ihrer Formulierung liegen. Oder aber - und das ist wahrscheinlich der wichtigere Gesichtspunkt - sie lag in der allgemeinen Anerkennung, die einem Autor entgegengebracht wurde, so daß man eine von ihm abweichende Gerichtsentscheidung nicht zu erwarten hatte.

Zwei Werke dieser Art Literatur wurden überprüft. Das erste, von Johannes Heeser, 1665 in erster Auflage erschienen, 1728 vom Sohn neu herausgegeben (beide Wetzlar), nennt sich "*loci communes de ratione reddenda*". Unter den zahlreich allegierten Schriftstellern²⁸⁾ ragt Carpzov²⁹⁾ als der am meisten genannte hervor. Auf die bei Carpzov abgedruckten Urteile wird eigens hingewiesen³⁰⁾. - Das zweite Werk³¹⁾, ein in alphabetischer Reihenfolge alle Rechtsgebiete abhandelndes Nachschlagewerk

- 26) Im Vorwort bei Heeser heißt es: "*addo omnia quae in hoc opusculum coacta sunt, aliorum et non mea esse.. sola operis compositio mea...*"
- 27) Aus dem Titelblatt des Promptuars: "*Promptuarium Juris practicum, ad modum locorum communium, ordine alphabetico, ex probatissimorum Jctorum Scriptis practicis atque in gratiam Practicorum factum...*"
- 28) Wesenbeck mit 30, Roland a Valle mit 35, Munoz de Escobar mit 40, Berlich mit 50 Allegaten (um die größten zu nennen).
- 29) Mit 75 Allegaten.
- 30) Seite 8, 21, 79, 80, 81 usw.
- 31) "*Promptuarium Juris Practicum*" 3. Auflage herausg. von Joh. Georg Bertochius, Leipzig und Zittau 1753. Nur der zweite Teil des Werkes war greifbar.

ist 1753 in 3. Auflage erschienen³²⁾. Die Carpzov-Allegate häufen sich hier so sehr, daß den anderen Autoren nur ganz geringe Bedeutung zugemessen ist. Vor allem wirkt sich Carpzovs Leitsatzmethode aus. Viele Erläuterungen ("Thesen") sind einfach von Carpzov übernommene Leitsätze aus Definitionen und Responsen³³⁾.

d) Aus den im Vorangehenden aufgezeigten "mittelbaren" Quellen läßt sich unschwer die Folgerung ziehen, daß Carpzovs Meinung lange Zeit im Bereich der Praxis als einzig richtige galt und unvergleichliche Achtung genoß. Die "Carpzovhörigkeit" der Gerichte überschritt aber das zuträgliche Maß, wenn sie an Carpzov festhalten, obwohl die gesamte neue Literatur sich gegen ihn ausgesprochen hatte³⁴⁾.

II. Den Grund für diese überaus starke Wirkung Carpzovs auf die gerichtliche Praxis findet man in seiner Absicht, aus der Praxis und für die Praxis zu schreiben; außerdem stößt man auf die in den Spruchsammlungen verwerteten Urteile. Schriftsteller der Praxis hat es mehrere gegeben und aller Ansehen war nicht gering³⁵⁾; dennoch haben sie nie eine so zwingende Autorität sich zu erringen vermocht, wie es gerade Carpzov gelang.

32) Die Auflagen und Erscheinungsjahre dieser beiden Werke sprechen für sich. Gerade beim Promptuar ist zu bedenken, daß Carpzovs letztes zivilrechtliches Werk fast genau 100 Jahre vorher erschienen war (der 3. Teil der Decisionen 1654). Wenn es sinnvoll war, noch 1753 diesen Autor als Hauptbelegstelle heranzuziehen, läßt sich leicht ermes sen, wie geschätzt er selbst jetzt noch bei den Praktikern jeder Art gewesen sein muß.

33) Nur einige Beispiele: "obligatio ad carcerem" thes 6 = Def. 2,21,7, Leitsatz; "opifex" thes 20 = Def. 2,6,10, Leitsatz; "Pacta successoria" thes 8 = Def. 2,35,18, Leitsatz; "Processus injuriarum" thes. 2 = Resp. 2,26 Leitsatz.

34) Vgl. Anm. 23 und Promptuarium S. 724.

"Plane socios in solidum semper esse obligatos nec gaudere beneficio divisionis tradit Carpzovius (Def. 2,17,12). Dissentiunt Struv(zit)ibique Müller(zit), Schilter, Berger, Wernher, Horn, Stryk (jeweils zit.) Quamvis in forc Saxoni co hactenus praevaluisse Carpzovii opinionem ipsi testantur Berger, Wernher.

35) Mevius, Boehmer, Leyser u.a.

1. Die Gründe

Man wird den Grund einmal in Carpzovs Kürze zu suchen haben. Boehm³⁶⁾ hat weiterhin die große Praktikabilität der gutgearbeiteten Register hervorgehoben. Sicher sind beide Gesichtspunkte wesentlich; aber sie finden sich auch bei anderen Autoren³⁷⁾. Was Carpzov von allen anderen unterscheidet, ist die Verwendung des Urteils. Keiner vor und nach ihm hat je mit gleicher Konsequenz und Gründlichkeit jede seiner Änderungen mit einem völlig abgedruckten Urteilstenor versehen. Zwar Mevius in seinen Decisionen nennt auch in jedem Einzelfall eine Entscheidung. Doch führt er nur das Rubrum, nicht den Tenor an. Er steht an Bedeutung Carpzov weitgehend gleich - doch hat er jene geschilderte absolut beherrschende Stellung, wie sie in der Praxis Carpzov zufiel, nicht inne gehabt. Es ist darauf aufmerksam gemacht worden, daß Heeser in seinen "loci communes de ratione reddenda" besonders auf bei Carpzov abgedruckte Präjudizien Bezug nimmt³⁸⁾. Aber auch bei angesehenen großen Autoren³⁹⁾ finden sich solche Allegate, die ausdrücklich betonen, daß Carpzovs Meinung durch ein Urteil belegt sei. Bei diesen Autoren handelt es sich um Richter, Mevius, Boehmer, Leyser: Theoretiko-Praktiker des usus modernus⁴⁰⁾; dagegen fehlen derartige Hinweise bei den späteren Theoretikern⁴¹⁾, wie Heineccius, Cocceji, Hofacker⁴²⁾. Man würde die hohen Gerichte unterschätzen, wenn man ihnen ihr Beharren bei Carpzov nur als geistige Trägheit anrechnen wollte, wie es Boehmer an der o.a. Stelle⁴³⁾ tut. Der entscheidende und maßgebende Ausgangspunkt war vielmehr die Einheitlichkeit und Kontinuität der Rechtsprechung.

36) ZStrRW Bd.61 S.313.

37) Z.B. Mevius "Decisiones". 38) Vgl. Anm. 30.

39) Mevius "Jus Lubecense" 1,7,2, a.E.; Richter, Decisio 5,7; Boehmer Exerc. 24,1,30; 43,32; Leyser 62,10; 66,2.

40) Lauterbach, 1,5,2,5,17,4-5; Voet 21,2,32.

41) Außer Betracht müssen hier Thomasius und Schilter bleiben, obwohl gerade sie besonders auf die bei Carpzov abgedruckten Urteile Bezug nehmen. Darüber Näheres im 2.Abschnitt.

42) Über diese Näheres im 2.Abschnitt.

43) Vgl. Anm.24, Exerc. 10, § 12 a.E.

Durch die Veröffentlichung eines früheren Urteils war für das Gericht, das die bei Carpzov abgedruckte Entscheidung seinerzeit gefällt hatte, ein offenes und allgemein bekanntes Präjudiz geschaffen, von dem abzuweichen nicht mehr, oder jedenfalls nur unter offener Aufgabe der früheren Meinung möglich war. Das aber hätte die gerade Linie, die Einheitlichkeit der eigenen Rechtsprechung in unangenehmer Weise zerstört. Die Autorität eines jeden Gerichts war und ist auf die klare Linie seiner Rechtsprechung gegründet. Seine Entscheidung muß so fundiert sein - oder wenigstens scheinen - daß nicht jede neu auftauchende Frage eine Korrektur erforderlich macht, sondern eine fortlaufende, zusammenhängende Entwicklung der Rechtsprechung gesichert ist. Vertrauen in die Rechtsprechung setzt stets gleichartige Handhabung des Rechts unter Vermeidung selbst nur des Anscheins der Willkür voraus. So waren die von Carpzov herangezogenen sächsischen Dikasterien in ihrem eigenen Interesse gehalten, sich möglichst ihren veröffentlichten Präjudizien anzugleichen. Dieser Zwang war um so größer, als - eben im Gegensatz zu Mevius - bei Carpzov der ganze Tenor abgedruckt war⁴⁴⁾. Der Tenor enthielt aber die genaue Schilderung des Sachverhalts, in seiner Kürze auf die wesentlichen Gesichtspunkte abhebend und damit zugleich auch leicht als Begründung wirkend. Diese Schärfe der Wiedergabe fehlt, wenn nur das Rubrum der Entscheidung genannt wird. Hier ist jederzeit die Möglichkeit gegeben, auf eine **abweichende** Sachverhaltslage hinzuweisen, eine Chance, die bei der carpzovschen Methode fehlt. Hier hat der Leser den klaren Sachverhalt als Vergleichsmöglichkeit vor Augen - bei Mevius nicht. Seine Methode bietet weniger Angriffsmöglichkeiten. Die Bindung des Gerichts ist bei Carpzov entsprechend stärker.

In gleichem Maße konnte aber auch ein anderes Gericht, das

44) Daß dieser Umstand nicht ohne Bedeutung war, zeigt sich aus einer Thomasiusstelle (Notae ad singulos Pandectarum titulos 8,2 S.125, wo es heißt: "Et valde miror, cur Carpzovius (Def. 2,41,13) verba sententiae, quam in fine allegat, non adduxerit." Hier wird die Bedeutung, die dem Tenor zukam, offensichtlich.

durch eine eigene Vorentscheidung nicht gebunden gewesen wäre, nunmehr durch Carpzovs Veröffentlichung Zugang zu einem Urteil gewinnen, das ihm sonst vielleicht verborgen geblieben wäre. Nicht nur die Erleichterung, einen Parallellfall vorentschieden aufzufinden⁴⁵⁾, sondern die Einheit des Rechts überhaupt mochte eine gleichartige Entscheidung nahelegen. Zwar war stets eine anders lautende Entscheidung möglich, besonders dann, wenn es sich um Urteile bei Gerichten verschiedener Territorien handelte: zur Begründung blieb letztlich stets der Rückgriff auf anders geartetes Gewohnheitsrecht⁴⁶⁾. Soweit dies aber innerhalb desselben Staates geschah, ergaben sich damit unliebsame Differenzen, die mangels eines gemeinsamen Obergerichtes nur durch legislatorischen Eingriff ausgeglichen oder entschieden werden konnten⁴⁷⁾. Es lag im eigenen Interesse der Dikasterien, um nicht gegen einander ausgespielt zu werden, solche Gegensätze zu vermeiden. So war es nur vernünftig, in einem gleichgelagerten Fall der Vorentscheidung des anderen Dikasteriums zu folgen, zumal wenn es sich um so bedeutende Kollegien handelte, wie die von Carpzov mit ihren Urteilen herangezogenen. Der Leipziger Schöppenstuhl und das Appellationsgericht in Dresden waren über die Landesgrenzen hinaus angesehene und geachtete Gerichte, bei deren Entscheidungen man gründliche Sachkenntnis und Streben nach vermitteln der Billigkeit gleichermaßen unterstellen durfte. So kamen Carpzovs Sammelwerke schon von seinen Quellen her den ganz speziellen Bedürfnissen in der Praxis der oberen Gerichte in hohem Maße entgegen.

45) Diese Erleichterung konnte doppelt sein. Einmal nämlich vom Ergebnis her. Außerdem waren die Gründe für die Entscheidung angeführt, die jedenfalls dann als die authentischen angesehen werden konnten, wenn die zitierte Entscheidung aus einer Zeit stammte, seit der Carpzov Mitglied des erkennenden Gerichtes war. Dies traf für den größten Teil der in den Responsen und Decisionen veröffentlichten Urteile zu und etwa für die Hälfte der zu den Definitionen verarbeiteten Entscheidungen.

46) Vgl. gerade hierzu die Controverse Carpzov-Richter bei Richter, Decisiones 2.Aufl. 1670, Decisio 18, 15ff, wo Richter unter Hinweis auf den usus fori im Herzogtum Sachsen-Weimar sich zu dem von Carpzov vertretenen kursächsischen Recht in Gegensatz stellt. Vgl. Anm.144 in Kap.2.

47) Dies war Anlaß zu den kursächsischen Konstitutionen und den Novae Decisiones von 1572 und 1661 gewesen.

Ein weiteres, die praktische Verwertung förderndes Moment mehr äußerlicher Art war die durch die sachliche Anordnung geschaffene leichtere Auffindbarkeit in seinen Sammlungen. Die Gerichte selbst sammelten ihre Sprüche nur in großen Kopialbänden⁴⁸⁾ oder in den Entwürfen⁴⁹⁾, in welchen allein das zeitliche Nacheinander der Entscheidungen deren Reihenfolge bestimmte und nicht der sachliche Zusammenhang. Das Auffinden eines Präjudizes in diesen Bänden war mit Schwierigkeiten verbunden und zeitraubend. Hier hatte das Nachschlagen bei Carpzov eine beachtliche Arbeitserleichterung zur Folge. Wenn sein "System der Anordnung"⁵⁰⁾ auch nicht alle Wünsche nach Klarheit erfüllen kann, so steht er mit seinem Bemühen doch weit vor ähnlichen Sammlungen, etwa auch Mevius' Decisionen, die ohne solches Einteilungsschema Entscheidung an Entscheidung reihen, der Findigkeit des Lesers und dem Index die Entdeckung des gerade Passenden überlassend.

Schließlich wird bei den Benutzern der Carpzovschen Werke kaum ein Zweifel über das Verhältnis von Urteil und eigener Meinung Carpzovs geherrscht haben. Es ist bereits dargestellt worden⁵¹⁾, daß es Carpzov darum ging, sein Mosaik des geltenden Rechts aus den Steinchen der einzelnen Sprüche zusammenzusetzen. Daß er dabei formal nicht vom Spruch ausgeht, sondern scheinbar zu ihm hinführt, indem er ihn vollständig und gleichsam nur als Bestätigung der von ihm in der Problemstellung abgehandelten Gedankengänge an den Schluß des Einzelabschnittes setzt, ist nur eine Äußerlichkeit. Der Ursprung jeder Einzelabhandlung liegt im Spruch. Dieser war nicht nur beleuchtendes und bestärkendes Anhängsel an carpzovsche Gedanken, sondern Ausgangspunkt und von vornherein feststehendes Ergebnis der (zu erarbeitenden) Begründung. Wenn ein Gericht sich in seiner Entscheidung also Carpzov anschloß, so folgte es damit nicht so sehr dem Autor, sondern der von ihm ausgelegten Meinung jenes Gerichts, dessen Entscheidung er

48) So für den Leipziger Schöppenstuhl Boehm ZStrRW Bd.59 S.371ff.

49) Für die Spruchfakultäten gilt dasselbe.

50) Kapitel 1, 3.Abschnitt I 1.

51) Kapitel 2, 2.Abschnitt II 2.

zum Schluß "als Beleg" heranzog. Nicht nur Carpzovs Ansehen, sondern auch das seiner Gerichte trug seine Wirkung.

2. Gefahr und Nachteil dieses Einflusses

Durch die sorgfältige Beachtung der bei Carpzov geäußerten Meinungen wurde aber eine Gefahr heraufbeschworen, die weder von den Gerichten beachtet wurde - und insoweit ist der Vorwurf Boehmers gerechtfertigt -, noch wohl auch von Carpzov erkannt worden war. Die Begründungen, die Carpzov zu den Urteilen gab, waren seinen eigenen Überlegungen entsprungen⁵²⁾. Sie fügten sich auch in der Regel zu einem widerspruchsfreien Gesamtbild; einander widersprechende Aussagen⁵³⁾ waren nicht häufig. Es ließ sich aber nicht vermeiden, daß Carpzov allgemeine Ausführungen machte, die das Urteil zu begründen bestimmt waren, ohne daß damit jede andere Begründung, die das Ergebnis auch zu tragen vermocht hätte, ausgeschlossen zu sein brauchte. Carpzov hatte sich für eine Begründung entschieden, die ihm die nächstliegende schien, die aber später auf Grund neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse Widerspruch erweckte. Wenn sich sofort Widerstand erhob⁵⁴⁾, war das ohne Bedeutung. Denn soweit sich die Gegnerschaft gegen den Spruch richtete, war Carpzov nicht belangt, da dieser für ihn - und in der Folge für die ihm zustimmenden Gerichte - als unumstößliches Ergebnis feststand. Soweit sich der Widerspruch allein gegen die carpzovsche Begründung richtete und sich auf eine abweichende Theorie in der zeitgenössischen Literatur berief, mochte der Gegner ruhig seine andere Meinung vertreten: Streitfragen gab es viele und für den Benutzer der carpzovschen Schriften konnte der Hinweis auf die abweichende Begründung genügen.

52) Kapitel 2, Abschnitt II.

53) Kap. 3 und Kap. 1,3. Abschnitt II 2.

54) Zu denken ist hier an die Kontroverse mit Richter (Decisiones 2.Aufl. 1670, 18, 12ff) und Frantzke (Exercitationes Juridicae, 2.Aufl. Arnstadi 1667; 12, Additio, num. 7). Die Parallelstellen bei Carpzov sind: zu Richter Resp. 6, 70, 4; zu Frantzke Decis. 127.

Gefährlich für die Entscheidungsfreiheit des Gerichtes wurde das Verharren bei Carpzov erst, wenn neuere Forschung bessere Einsicht gebracht hatte, wenn neue wissenschaftliche Erkenntnisse nicht mehr mit den Auffassungen übereinstimmten, die Carpzov in seinen Begründungen vorgetragen hatte, mochte auch das Ergebnis dasselbe bleiben. Diese Fragen wurden bald nach Carpzovs Tod aktuell bei der Berücksichtigung deutschrechtlicher Institute gegenüber dem römischen Recht. War Carpzov noch als Vertreter römisch-rechtlicher Tradition anzusehen⁵⁵⁾, so ging die folgende Entwicklung den entgegengesetzten Weg. Das führte zur Anerkennung rechtlicher Möglichkeiten, die aus der Sicht Carpzovs noch als unrichtig zu bezeichnen waren⁵⁶⁾. Außerdem konnte sich aus der Verknüpfung solcher veralteter Auffassungen eine Entscheidung entwickeln lassen, die nur aus dieser Verknüpfung heraus jetzt als unzutreffend angesehen werden mußte, während die Präjudizien, auf die man sich stützte und die auch Carpzovs Ausgangspunkt waren, auch jetzt noch als im Ergebnis durchaus richtig anzusehen waren⁵⁷⁾. Hier

55) S. Kapitel 3 2. Abschnitt.

56) Erbverträge wurden z.B. zugelassen. Carpzov hatte das noch abgelehnt s. Kap. 3.

57) Es sei hier ein Beispiel herausgegriffen: In Def. 2, 41, 13, 7 geht Carpzov auf Grund der Dig-Stelle 8, 2, 2 als selbstverständlich davon aus, daß es eine "servitus altius tollendi" geben könne, "quando jure servitutis cogere possum vicinum meum, ut altius tollat suas aedes." Demgegenüber weist Schilter Exerc. 18 § 12 darauf hin, bei einer "necessitas FACIENDI quid in suo" könne es sich niemals um eine Servitut handeln. Die bisherige Lehre habe den Charakter der Servitut, die nach dem klassischen römischen Recht nur in der Verpflichtung zu einem Unterlassen bestehen könne, unzulässigerweise ausgedehnt. Dennoch sei das Ergebnis Carpzovs durchaus richtig. Nur sei seine Begründung unzutreffend, seine Entscheidung sei nicht aus D 8, 2, 2 herzuleiten, sondern aus dem deutschrechtlichen Institut, das eine solche Grundstücksbelastung ermögliche ("Reallast" im heutigen Sprachgebrauch).

Zu der Digestenstelle vgl. Kaser I S. 371. Eine sichere Erklärung läßt sich nicht geben. Möglicherweise beruht die Stelle auf einem Mißverständnis der Klage, die dem Schutz des Eigentums gegen Anmaßung einer "servitus altius non tollendi" diene und auf "A A ius esse aedes suas altius tollere" gerichtet war.-

Die zweite Möglichkeit der Erklärung, diese Servitut auf öffentlich - rechtliche Bauvorschriften zurückzuführen, die das Höherbauen in bestimmten Fällen nur mit Zustimmung des Nachbarn erlaubten, war auch Carpzov schon bekannt. Er hatte sie aber (Def. 2, 41, 13, 5) mit der Be-

setzt die Kritik der späteren Autoren an Carpzov ein⁵⁸⁾.

Die Gefahr, die durch das Festhalten der Gerichte an Carpzov heraufbeschworen wurde, lag also tatsächlich in einem Veralten der Rechtsprechung und hätte auf die Dauer - wäre sie nicht überwunden worden - zu einem Zwiespalt zwischen Praxis und Rechtsentwicklung geführt, die für die Praxis nur verderblich hätte wirken können. Der Grund lag darin, daß die Begründung Carpzovs mit in den Präjudizienwert einbezogen wurde. Auch wenn diese Begründung vielleicht im Einzelfalle hatte Geltung beanspruchen dürfen, so durfte sie doch nicht als generelle Regel mit Entscheidungswert Verwendung finden.

Man kann die starke Wirkung Carpzovs etwa bis auf die Zeiten Boehmers und Leyzers, also drei bis vier Generationen nach seinem Tod ansetzen. In der Person Leyzers erstand der sächsischen Praxis noch einmal ein überragender Jurist, der weite Anerkennung fand. Ihm gelang es, Carpzov wenn auch nicht zu ersetzen, so doch zu verdrängen. Nicht zum Vorteil der Praxis freilich. Sein ganz vom naturrechtlichen Gedankengut durchdrungenes Rechtsgefühl löste die Bande der Tradition, ohne neue Wege finden zu können und erreichte nur, daß die sächsische Praxis ihre hervorragende Stellung verlor⁵⁹⁾. Sie hat mit Carpzov ihren Höhepunkt erreicht und im sicheren Gefühl seiner Bedeutung sich ganz auf ihn gestützt. Carpzovs Schriften waren die Gewähr ihrer Bedeutung. In dem Augenblick, da dieses Fundament erschüttert wurde, zerbrach ihre Sicherheit, verflog ihr Ansehen. Mit Carpzovs Wirkung sank der Stern der sächsischen Praxis, unterhöhlt zwar schon durch ihre mangelnde Anpassungsfähigkeit an die neuere Entwicklung, besiegelt jedoch erst mit dem Verlust seiner Autorität.

gründung abgelehnt, daß es sich dabei nicht um eine echte Servitut handele, sondern nur um die Aufhebung einer schon früher begründeten, und war auf der Auslegung der Stelle als echter Servitut bestehen geblieben.

58) Vgl. Schilter, Praxis Exerc, 5 § 5, Exerc. 11 § 22, Exerc. 37 § 179; Thomasius "Notae ad singulos Institutionum et Pandectarum titulos", Halae Magdeburgicae 1713; (Inst. 1,24) S.107; (Pand. 9,3) S.211; (Pand. 26,3/4) S.261; (Pand.39,5) S.308/9.

59) Landsberg III 1 S.213f.

Zweiter Abschnitt: Die Wissenschaft

In gleichem Maße, in dem die Praxis von Carpzovs praxisnaher Denkweise sich beeinflussen ließ, zeigt sich auch seine Stellung in der wissenschaftlichen Literatur⁶⁰⁾ ganz von dieser seiner Grundhaltung her bestimmt. Die Beziehungen zwischen Praxis und Wissenschaft sind zunächst recht eng, da die großen Praktiker nach Carpzov alle auch bedeutende wissenschaftliche Leistungen vollbrachten⁶¹⁾.

60) Wenn in diesem Abschnitt die deutsche Literatur nach Carpzov untersucht wird, so versteht sich von selbst, daß hier eine Beschränkung auf die bedeutendsten Vertreter einer jeden Richtung erforderlich war. Die Einstufung und Beurteilung der behandelten Werke beruht auf Stintzing-Landsbergs "Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft". Vielleicht wird das eine oder andere Werk vermißt werden. Die Auswahl wurde unter folgenden Gesichtspunkten getroffen: in erster Linie sollten die großen Werke, deren Einfluß anerkannt war, herangezogen werden. Daneben durften aber auch andere weniger bedeutende Autoren nicht übergangen werden, um nicht eine bestimmte Richtung in der Entwicklung aus den Augen zu verlieren. Da nicht der Einzelne, der Autor, in seiner Stellung zu Carpzov charakterisiert werden sollte, sondern die wissenschaftliche Richtung, der er angehört (das erwies sich aus der Sache als notwendig), konnten vor allem Autoren außer Betracht bleiben, die zwar wissenschaftliche Leistungen von Rang erbracht hatten, dennoch aber keine neuen Gesichtspunkte für eine Fortwirkung Carpzovs aufscheinen lassen konnten (Mylius oder Kortte). Desgleichen wurden jene Werke ausgeschieden, die sich ausnahmslos mit öffentlichem Recht (Staats- und Strafrecht) befaßten. Schließlich blieben auch die Schriften der antiquarischen Richtung in der eleganten Jurisprudenz weitgehend von der Betrachtung ausgeschlossen, da die Untersuchung einzelner Werke dieser Richtung ein weiteres Nachforschen nicht angebracht erscheinen ließ. Vgl. dazu unten im Text.

Die Absicht, Carpzovs Wirkung im wesentlichen nach der wissenschaftlichen Richtung des jeweils überprüften Autors zu bestimmen, hat auch die Darstellung dieses zweiten Abschnittes geformt: die Einzelheiten über Autor und Werk, soweit sie unumgänglich sind, in Fußnoten zu verweisen.

61) Berger, Boehmer, Leyser, Cramer, Kreittmayr u.a.

I. Die deutsche Rechtswissenschaft in der Zeit Carpzovs

Hierin zeigt sich ein eigener Zug der deutschen Jurisprudenz. Die Geschichte der Rechtswissenschaft in Deutschland ist eine Geschichte der Entwicklung von der Praxis weg zur Theorie. Bis zu einem gewissen Grade ist das ein Wesenszug der Jurisprudenz seit den Kommentatoren in ganz Europa; doch stand die praktische Erarbeitung des Rechtsstoffes in Deutschland stets viel mehr im Vordergrund als etwas in Frankreich oder Italien. Dafür ist kennzeichnend die Tatsache, daß die deutschen Universitäten jahrzehntelang italienische und französische Juristen als Professoren auf die Lehrstühle beriefen⁶²⁾ und daß die humanistische Jurisprudenz in Deutschland nur einen großen Namen aufzuweisen hat - Zasius⁶³⁾. Man kann dafür nicht allein den Rezeptionsvorgang verantwortlich machen (der sich bei Zasius obendrein gerade mit dem Eindringen des Humanismus überschneidet). Sicher hat dieser Umstand zu der besonderen deutschen Entwicklung beigetragen; denn eine juristische Theorie ist eigenständig so lange nicht möglich, als noch keine sichere und umfassende Kenntnis der gesamten Rechtsmaterie vorliegt. Diese war bei den deutschen Juristen noch nicht vorhanden, sie mußte und konnte erst in der Praxis durch gründliche Befassung mit dem römischen Recht in der täglichen Anwendung seiner Regeln erarbeitet werden. Dennoch ist der Rezeptionsvorgang als solcher schwerlich als der einzige Grund dieser Entwicklung zu bezeichnen. Man wird zugleich die Stellung zu berücksichtigen haben, die den deutschen Juristen von Anfang an bei dem Aufbau des deutschen Territorialstaates zukam und sie stets von einer vorwiegend wissenschaftlichen Tätigkeit abhielt⁶⁴⁾. Diesen Strömungen nachzuspüren ist hier nicht der Ort. Festzustellen bleibt aber, daß die deutsche Rechtswissenschaft ihren ersten Höhepunkt erreicht, als Praktiker darangehen, das in ihren Gerichten heimische Recht in großen Sammelwerken

62) Stintzing I S.123, 131.

63) Über ihn Erik Wolf "Große Rechtsdenker" S.59.

64) Wieacker Privatrechtsgeschichte S.50.

darzustellen⁶⁵⁾.

Den Anfang in der Reihe dieser großen Praktiker bildet Carpvov. Zwar sind Vorläufer gerade im sächsischen Rechtskreis vorhanden: H. Pistoris, Matth. Colerus, Berlich. Auch aus der Praxis des Reichskammergerichtes waren mit Gail und Mynsinger bereits Autoren von Rang erwachsen. Dennoch fanden sie noch nicht die Carpvov zugefallene Bedeutung. Seiner rechtstheoretischen Einstellung nach gehört Carpvov noch ganz in ihren, der vornaturrechtlichen Epoche zuzurechnenden Kreis, dem die uneingeschränkte Geltung des römischen Rechts außer Zweifel steht und eines durch Gerichtsgebrauch oder Vernunftgründe belegten Nachweises nicht bedarf⁶⁶⁾. Wissenschaftsgeschichtlich gesehen steht Carpvov also am Abschluß einer Epoche.

Zugleich ist er aber der erste in der Reihe der bedeutenden Vertreter des *usus modernus*. Nicht als ob er den Gedanken, der der Begriffsbildung "*usus modernus*" zugrunde liegt, schon gedacht hätte. Dies hätte eine Bekanntschaft mit Conring vorausgesetzt, ein Erfassen der deutschen Rechtswerte. Denn die Betonung und bewußte Herstellung der Einheit von deutschen und römischen Rechtsgedanken - als unsaubere Vermischung bald darauf vielgeschmäht⁶⁷⁾ - ist logisch nur möglich, wenn man sich zuvor gerade der Verschiedenheit der Elemente des geltenden Rechts und ihres Widerstreitens bewußt geworden ist. Diese Gegensätzlichkeit ist bei Carpvov in den Grundzügen angelegt. Schon zu seinen Zeiten waren die tatsächlichen Gegebenheiten der Rechtsanwendung denen des späteren "*usus modernus*"

65) Man könnte schon auf Zasius verweisen. Doch bildet er eine Ausnahme im großen Meer der Mittelmäßigkeit und blieb auch ohne Nachfolger. Wahrhaft durchschlagkräftige Werke mit spürbarem Nachhall, getragen von einer allgemeinen wissenschaftlichen Strömung, finden sich erst seit dem Anfang des 17. Jahrhunderts in Deutschland.

66) Vielmehr ist das sächs.Recht nur durch den "*usus*" praktikabel. s.o.Kap. 2, 1.Abschn., II 2.

67) Thomasius schreibt: in seinen *Notae ad Inst.* 2,1 S.128 "*Ex quibus autoribus apparebit, variationes Ictorum in responsis suis jus Romanum saepe cum jure Germanico miscendum effecisse, ut hodie.... jus fere incertum et varians sit*".

völlig gleich. Nur waren sie nicht als widerstreitende Gegensätze aufgewiesen, sondern durch die überkommene Statuentheorie in ihrer Problematik noch überdeckt und ausgeglichen. Erst die Entdeckung Conrings über die fehlende theoretische Rezeption konnte den Anstoß dazu geben, die Kluft zwischen beiden Rechtsmassen zu erkennen und auf sie hinzuweisen. Damit erst war auch geistesgeschichtlich die Möglichkeit ihrer Überbrückung durch die Theorie des "usus modernus" gegeben.

Diese Voraussetzungen fehlen bei Carpzovs Schriften. Sie stehen somit in einem inneren Widerspruch bereits zu den kurz nach ihnen erscheinenden Werken des usus modernus. Dieser erste Gegensatz wird in der Folge aber von dem ganz anders gearteten und viel wichtigeren in der Einstellung zum Naturrecht überlagert, einer Theorie, der Carpzov gleichfalls keinen Eingang in sein Lehrgebäude gönnte⁶⁸⁾. Eben diese Idee aber wird die folgenden Jahrhunderte beherrschen und der ganzen Epoche den Namen geben. Die Auseinandersetzung mit ihr ist die Aufgabe der neuen Rechtswissenschaft. Auch hier wieder steht Carpzov - geistesgeschichtlich gesehen - am Ende einer Epoche. Naturrechtliches Gedankengut hat ihn nicht mehr berührt. Seine Lebenszeit zwar fällt noch in die Begründungsjahre des naturrechtlichen Systems; die Zeit seines größten Ansehens liegt in den Jahrzehnten, da das naturrechtliche Lehrgebäude sich allgemeine Anerkennung erkämpft. Mit seinem Sieg aber ist Carpzovs Einfluß beendet. Der Kampf des Naturrechts gegen die überkommene Richtung ist zugleich und notwendigerweise ein Kampf gegen Carpzov. Die Herrschaft dieser Lehre bedeutete seinen Untergang, wie der Sieg der "natürlichen" Billigkeit den Verlust der gesicherten Tradition der Praxis. Wie dieser Verlust um die Mitte des 18. Jahrhunderts zum Niedergang der sächsischen Dikasterien geführt hatte, brachte er auch den Verfall des carpzovschen Ansehens in der Literatur mit sich.

Zwei Grundlinien sind es, die in der naturrechtlichen Epoche den Gegenstand der juristischen Literatur entscheidend beeinflussen: die Herleitung der einzelnen positiven Rechtsregel aus allgemeinen, natürlich - vernünftigen Grundsätzen -
68) Vgl. Kap. 2, 3. Abschnitt.

darin ist zugleich die Möglichkeit und schließliche Notwendigkeit differenziertestester Systematik eingeschlossen-; zum anderen die Herleitung des einzelnen Rechtssatzes aus der ihm eigenen "Natur": damit ist über den Rückgriff auf das Wesen eines Rechtsinstitutes der Zwang zur Quellenforschung gegeben. Beide Strömungen treten in den Schriften der naturrechtlichen Zeit teils in scharfer Trennung, teils verbunden auf. Die Wurzeln reichen allerdings schon in vornaturrechtliche Zeit zurück. Hinsichtlich der Quellenstudien zur Abgrenzung von deutschem und römischem Recht geht der Anstoß von Conring aus, sich berührend mit dem (aus zunächst rein römisch-rechtlicher Sicht) lebhaften Interesse der eleganten Juristen an der Antiquitätenforschung. Die Ableitung allgemeiner Regeln hat Vorläufer in frühen Systematisierungsversuchen (Donellus). Durch den Einbau in die naturrechtliche Lehre finden diese Bestrebungen aber erst ihren eigentlichen Antrieb und vermeintlichen Berechtigungsnachweis. Die deutschen Universitäten öffneten den neuen Ideen nur zögernd ihre Pforten⁶⁹⁾. Sobald sich aber die Professoren in ihrer Mehrheit einmal zu ihnen bekannt hatten, fanden sie allmählich auch den Weg in die Praxis der Gerichte - Leyser - und wirkten von hier aus durch Schriften der Praktiker wieder auf die allgemeine Literatur zurück.

Die Praxis verliert im Naturrechtszeitalter ihre bislang führende Stellung. Die Impulse für die Entwicklung der Rechtswissenschaft gehen hinfort nicht mehr von ihr aus, sondern umgekehrt gewinnt die Theorie zunehmenden Einfluß auf die Rechtsprechung⁷⁰⁾. Damit ist zum erstenmal für die Theorie der Weg frei zu einer unabhängigen rein gedanklichen Neuschöpfung des Rechtes. Diese Chance vermochte aber erst die historische Schule - in vollem Bewußtsein ihrer Selbständigkeit

69) Hier stellt gerade Leipzig seinen traditionalistischen Hang unter Beweis. Thomasius findet Gegner vor allem wegen seiner naturrechtlichen Anschauungen. Wolf S.371ff.

70) So berichtet Landsberg III 1 S.196 von Heineccius, daß er auch bei der Praxis allgemeines Ansehen genoß, ohne doch selbst je praktischen Bedürfnissen in seinen Werken Rechnung getragen zu haben, sei es durch Sammlung eigenen Materials, sei es durch Verwertung bereits vorliegender Sammlungen.

und unter absichtlicher Abkehr von aller praktischen Brauchbarkeit und Verwertbarkeit - voll zu nützen. Sie hat damit die deutsche Rechtswissenschaft zu ihrer höchsten Blüte geführt.

II. Die deutsche Rechtswissenschaft nach Carpzov

Diese Entwicklungslinien spiegeln sich in der Wertschätzung wider, die Carpzov nach seinem Tod erfahren hat.

1. Nachfolger in der Methode

Nachfolger in seiner Methode hat er nicht gefunden. Sie war von scholastischem Stil noch zu sehr geprägt, um die neuen Tendenzen noch befruchtend beeinflussen zu können. Zwar sind auch nach seinen Definitionen, auf die wegen ihrer Besonderheit hier das Hauptaugenmerk zu legen ist, noch große Sammlungen höchstgerichtlicher Entscheidungen veröffentlicht worden⁷¹⁾, doch ist bei ihnen nicht Carpzovs Methode Vorbild gewesen⁷²⁾. Allerdings gewannen die von Carpzov in der deutschen

71) Mevius, Boehmer, Leyser, v.Cramer, Struben. S. im einzelnen im Text.-

72) Stintzing II S.118 behauptet, daß Carpzovs Definitionen das Vorbild für Mevius' Decisionen (vgl. Anm.79) abgegeben hätten. Dagegen bestehen Zweifel. Es fällt schon die relativ (!) geringe Anzahl von Carpzov-Allegaten bei Mevius auf. Das dürfte darauf zurückzuführen sein, daß das "Summum Tribunal Regium Vismariense", dem die Entscheidungen entstammen, weitgehend gemeinrechtliche Praxis judizierte, während Carpzov in sächsischen Spezialitäten befangen war (Stintzing aaO). So sind denn vor allem Gail und Faber allegiert. Dessen Codex dürfte das wirkliche Vorbild Mevius' gewesen sein. Wie dieser hat er das Prinzip der Leitsätze (welches auch Carpzov daher übernommen hatte). Wie bei diesem sind Allegate und Zitate in Fußnoten verwiesen, werden die Urteile nur im Rubrum und nicht im Tenor angeführt - dies im Gegensatz zu Carpzov. Wie bei Faber finden sich schließlich auch kleine Exkurse und Erläuterungen in den Fußnoten. Im Hinblick auf die gemeinrechtliche Praxis des Wismarschen Gerichts und diese auffallenden äußeren Ähnlichkeiten zu Faber darf man wohl an eine größere Abhängigkeit von diesem denken als von Carpzov. Daß dann und wann größere Stellen aus Carpzov übernommen sind (z.B. 1,132, Anm.5) verschlägt dabei nichts - das gibt es auch von anderen weniger bedeutenden Autoren (vgl. 2,365 Anm.24. Mindanus).

Literatur eingeführten "Leitsätze" eine Zeit lang den Charakter des Vorbildes⁷³⁾, doch ist hier ein Einfluß von der Seite der Dissertationen und ihrer "Thesen" wahrscheinlich⁷⁴⁾. - Auch soweit die Verarbeitung von Urteilen in Betracht kommt⁷⁵⁾, ist schwerlich eine Anlehnung gerade an Carpzov ausschlaggebend. Schon vorher war dies üblich. Aber gerade die Verbindung aller dieser Einzelpunkte ist für Carpzovs Methode charakteristisch. Nur bei Philippi⁷⁶⁾ finden sich Ähnlichkeiten, hier wohl in bewußter Nachahmung: schließt sich das Werk doch insofern den carpzovschen Definitionen an, als es - wie jene nach den Konstitutionen von 1572 - nach den Decisionen von 1661 vorgeht. Philippi beschränkt sich aber inhaltlich genau auf die Aussage der jeweiligen Decision, ohne im übrigen die Prägnanz und Kunst carpzovscher Formulierung zu erreichen.

2. Geltung Carpzovs in sachlicher Hinsicht

Wesentlich anders zeichnet sich die sachliche Beachtung Carpzovs bei den Nachfolgern in der Literatur ab. Hier ist eine der praktischen Wirkung weitgehend gleiche Berücksichtigung

73) Landsberg III 1 S.260.

74) Über das Dissertationswesen allgemein vgl. Stintzing II S.27f.

Daß die "Thesen" der Dissertationen Einfluß ausgeübt haben könnten, scheint aus zwei Gründen möglich. Erstens bestanden die großen Sammlungen des *usus modernus* weitgehend aus aneinandergereihten Dissertationen. Die "These" war also in der Literatur schon als Stilmittel eingeführt. Zweitens zeigt sich etwa bei Leyzers "Meditationes", daß der Leitsatz nicht mehr aus der Entscheidung abgeleitet ist, wie es seiner Herkunft aus Fabers und Carpzovs Werken entsprach. Bei Leyser finden sich nämlich "Leitsätze" ohne Begründung- vgl. Med. 139,3 und 4 - wie auch der ganze Fall in mehrere einzelne Paragraphen mit Einzelabschnitten untergliedert ist. Hier ist die Verwandtschaft zur Dissertation offensichtlich, zumal wenn man die Entstehung dieser Meditationen als Grundlage der Vorlesungen Leyzers (Landsberg III 1 S.207) berücksichtigt.

75) Zum Beispiel bei Richters Decisionen oder in Fr.Gottl. Struves Handwerksrecht (vgl. Anm.11), die beide oft Urteile allegieren.

76) Johannes Philippi "Observationes Juris Practicae et Decisionibus Electoralibus Saxonis collectae", Leipzig 1670.

zu finden. Dabei darf, sollen aus der Allegation carpzovscher Werke Folgerungen hinsichtlich seiner Bedeutung gezogen werden, das "Altern" dieser Werke nicht übersehen werden. Daß ein juristisches Buch 100 oder 200 Jahre nach seinem Erscheinen nicht mehr von derselben Wichtigkeit sein kann wie im Erscheinungsjahr oder wie neuere Werke, ist selbstverständlich. Doch veraltete damals die juristische Literatur weniger als heutzutage. Die "Gesetzgebungsmaschinerie" lief langsamer und Grundlage von Rechtsprechung und Wissenschaft war das seit Jahrhunderten unveränderte Corpus Juris. In gleicher Weise wirkte das Autoritätswesen⁷⁷⁾. Wegen dieser Gleichartigkeit der Rechtsgrundlage war die Benutzung eines alten Schriftstellers auch noch lange Zeit nach seinem Tode möglich - und eine einmal errungene Autorität war so leicht nicht zu verlieren. Man kann also an das "Veralten" eines gemeinrechtlichen Autors viel schärfere Maßstäbe anlegen, als etwa an ein um die Mitte des 19. Jahrhunderts geschriebenes Werk.

Aus dieser Sicht muß man Carpzov auch im Urteil der Wissenschaft eine hervorragende Stellung zuerkennen⁷⁸⁾.

77) Dieser Ausdruck ist hier nicht im scholastischen Sinne von verpflichtender Geltung zu verstehen, von der nicht abgewichen werden kann, sondern nach dem heutigen Sprachgebrauch als hohes wissenschaftliches Ansehen.

78) Die Untersuchung beschränkt sich auf die Allegation der zivilrechtlichen Werke Carpzovs. Natürlich wurden auch die anderen Schriften, vor allem die straf- und kirchen- wie prozeßrechtlichen allegiert.- Diese bleiben aber aus der Aufgabe dieser Arbeit heraus unberücksichtigt. Sie stehen auch im allgemeinen hinter den zivilrechtlichen an Zahl zurück. Das läßt freilich keinen Schluß auf die Bedeutung zu, da die untersuchten Werke selbst vorwiegend zivilrechtlicher Natur sind. Hier wird oft auch das Kirchenrecht - vor allem wegen des Eherechtes - herangezogen. Doch scheint gerade dies am schnellsten seine Wirkung zu verlieren (man vgl. zu den Gründen vielleicht Boehmer Exerc. 9, § 6).- Im folgenden wiedergegebene Mengenangaben beziehen sich daher, soweit anderes nicht ausdrücklich hervorgehoben ist, nur auf die zivilrechtlichen Schriften.

a) Schon seine Zeitgenossen⁷⁹⁾ haben seine Bedeutung erkannt, wie man an der Anzahl der Allegate ablesen kann, die angesichts der seit dem Erscheinen der carpzovschen Werke erst kurz verflossenen Zeit schwer wiegen. Es macht sich schon deutlich bemerkbar: nicht nur, daß seine Bücher in den der Praxis abgewandteren Werken weniger Berücksichtigung⁸⁰⁾ finden; auch die betonte Rücksichtnahme auf den sächsischen Rechtskreis schließt seine Allegation in den Werken aus - oder setzt sie zahlenmäßig herab - die sich, insoweit gerade in Parallele zu Carpzovs eigenen Bestrebungen, auf die Darstellung eines räumlich begrenzten Partikularrechts beschränken⁸¹⁾. Diese unterschiedliche Behandlung Carpzovs je nach der Stellung zum (sächsischen) Partikularrecht läßt sich in der Literatur bis ins 19. Jahrhundert

79)¹Georg Frantzkius "Variarum resolutionum libri duo". 2.Aufl. Gotae 1656 zieht Carpzov oft heran gerade im Hinblick auf seine Urteile.- Nur wenige (2) Allegate dagegen in den "Exercitationes Juridicae XIV" 2.Aufl. Arnstadi 1667.

2.Chr.Phil.Richter "Centuria Variarum Juris Decisionum" 2. Aufl. Jena 1670, allegiert Carpzov sehr oft, häufig mit Spruch.

3.David Mevius "Decisiones super causis praecipuis ad summum Tribunal Regium Vismariense delatis", 4.Aufl. Frankfurt 1698 - Rel. wenig Allegate. Vgl. Anm.72. Wenig Allegate auch in desselben Verfassers "Jus Lubecense" 1.Aufl. 1642. In beiden Fällen dürfte Carpzovs Spezialisierung auf sächsisches Recht mitgespielt haben. Beim "Jus Lubecense" ist zu beachten, daß Carpzovs Definitionen erst 1638 erschienen waren.

80)

1.Man halte die Anm.79 Ziffer 1 genannten beiden Werke Frantzkius' einander gegenüber. Frantzke ist einer der wenigen Juristen dieser Zeit, die man schon den eleganten zuzählen kann (Stintzing II S.265). Das zweite Werk gehört ganz in diese Richtung.

Dasselbe Bild zeigt sich auch noch später:

2.Bei Heineccius (seine "Elementa juris Civilis" - 15.Aufl. Berlin 1762 - allegieren Carpzov nur selten, dagegen findet er reichlich Beachtung in den "Elementa Juris Germanici" 3.Aufl. Halle 1746).

3.Bei Sam.B. de Cocceji (kaum Allegate in seinem Naturrecht - vgl. Anm.111 -, zahlreiche Allegate in seinem "Jus Civile Controversum" 4.Aufl.1779).

4.Noch deutlicher bei Carl-Christoph Hofackers "Institutiones Juris Romani", 2.Aufl.Göttingen 1773 (die Carpzov nie allegieren) im Gegensatz zu desselben "Principia Juris Civilis Romano - Germanici", Tübingen 1787 (in denen Carpzov recht häufig zitiert ist). Über das Verhältnis dieser beiden Werke Landsberg III 1 S.360f.

81) Mevius' "Jus Lubecense" (Anm.79 Ziff.3).

verfolgen⁸²⁾.

b) Gerade dieser Umstand macht deutlich, wie groß Carpzovs Ansehen gewesen sein muß, wenn man ihn trotz dieser Hemmnisse zahlreich oder als einen der maßgebenden Autoren allegiert findet⁸³⁾. Zum Teil wirkt hier auch die Zeit des Erscheinens mit, je nach der allgemeinen Einschätzung, die Carpzov gerade erfuhr. Der Höhepunkt seiner Wirkung dürfte etwa um die Wende vom 17. zum 18. Jahrhundert erreicht sein, jenem Zeitpunkt, da auch der *usus modernus* seinem Zenith zustrebt. Brunne⁸⁴⁾, Struv⁸⁵⁾ und Stryk⁸⁶⁾ zählen Carpzov zu ihren Hauptgewährsleuten. Sie alle vertreten bereits Gedanken, die dem naturrecht-

82) Zum Beispiel im Gegensatz der Allegation Carpzovs bei Eichhorn und Haubold (Anm.123 Ziff.2; 128).- Dies gilt aber nicht nur für lehrbuchartige systematische Darstellungen, sondern wirkt sich auch bei den "praktischen" Autoren aus. Man vergleiche die Carpzov-Allegate bei v. Cramer - (Anm. 127) und Struben (Anm.126).

83) So z.B. bei W.A. Lauterbach "Dissertationes", Tübingen 1728, ein Werk, das sich vorwiegend mit den württembergischen Besonderheiten im Gegensatz zum gemeinen Recht befaßt. Carpzov zählt zu den meist allegierten Autoren; neben ihm ist Berlich stark genutzt, wie überhaupt diese Dissertationen eine Fülle von Allegaten enthalten.

84) Johannes Brunne⁸⁴⁾ "Commentarius in 50 libros Pandectarum", 4.Aufl., Frankfurt 1692.- Es fällt auf, daß Brunne⁸⁴⁾ Carpzov häufiger widerspricht, als dies sonst der Fall ist (z.B. 1,7,25; 2,12,1; 2,14,27,10; 3,3,15; 3,4,7;) vgl. dazu Stintzing II S.104, dessen Auffassung sich nach den (zivilrechtlichen) Allegaten nur bestätigen läßt.

85) 1. G.A. Struve "Jurisprudentia Romano-Germanica forensis" 14.Aufl. 1726 (1.Aufl.1670) = "Der kleine Struv". Carpzov ist in imponierender Fülle allegiert. Seine Hochschätzung liegt in dem bewußten Einbau der deutschrechtlichen Teile des geltenden Rechtes in das Lehrbuch begründet.

2. In desselben Autors Dissertationensammlung "Syntagma Jurisprudentiae secundum Ordinem Pandectarum concinnatum" 2.Aufl. Frankfurt und Leipzig 1718, cum additionibus Petri Mülleri ist Carpzov dagegen nur recht selten herangezogen.

86) Samuel Stryk "Specimen usus moderni Pandectarum" Halle 1723. Die Allegation Carpzovs mit allen seinen Werken ist von großem Umfang. Betrachtet man die Heranziehung des einzelnen Werkes, so tritt Carpzov an Bedeutung hinter Mevius. Gail. Berlich und Matth. Colerus zurück.

lichen Ideenkreis zugehören, sind aber auch von ihren Territorialrechten her beeinflusst⁸⁷⁾. Dennoch stehen sie als Vertreter einer der Praxis zugewandten und von ihr befruchteten Theorie dem Praktiker Carpzov noch so nahe, daß die sie trennenden Prinzipien ihres Rechtsdenkens dem Einfluß Carpzovs kaum Abbruch tun. Man kann freilich Carpzovs Wirkung nicht aus großen Übernahmen seiner Werke nachweisen. Es kommt auch nur auf die allgemeine Bedeutung Carpzovs für diese Autoren, nicht auf die wörtlichen Übernahmen an. Den Maßstab bietet der Vergleich mit Allegaten anderer Werke. Dabei findet man Mevius, Berlich und Gail Carpzov meist gleichgestellt. Bei Stryk steht Mevius mehr im Vordergrund⁸⁸⁾, Berlich und Gail gelten zunächst als Carpzov ebenbürtig. Sie werden bei späteren Werken zunehmend an Bedeutung verlieren. Wenn auch Carpzovs Ansehen stets mehr zurücktritt und vor allem zeitgemäßerem, jungen Autoren weichen muß, so hält seine Wirkung doch länger an als die ihre - Mevius steht ihm etwa gleich. Man kann also nie sagen, daß ein Autor je vollständig von Carpzov abhängig gewesen wäre. Er zählt in den Tagen seines größten Ansehens stets zu den am meisten allegierten Autoren, in den Jahren, da sein Ruhm verblaßt, doch zu jenen älteren, die noch häufiger herangezogen werden, deren Namen also noch immer einen guten Klang gehabt haben müssen. Daneben wirkt auf seine Allegation auch die jeweilige wissenschaftliche Stellung des allegierenden Autors zu den Grundfragen der damaligen Rechtswissenschaft ein.

c) Das gilt vor allem für die Berücksichtigung des deutschen Rechts. Die Anfänge dieser Entwicklung, angestossen von dem Polyhistor Conring, finden sich in der Jurisprudenz bei Schilter⁸⁹⁾. Sein ganzes Bemühen ist es, den Nachweis möglichst umfassender Geltung deutschrechtlicher Institute zu führen⁹⁰⁾. Aus seiner Sicht wächst Carpzovs Werken eine ganz neue Bedeutung

87) Brunnemann und Stryk: Brandenburg; Struv: Sachsen-Weimar, Lauterbach: Württemberg.

88) Vgl. Anm. 86.

89) "Praxis Juris Romani in foro Germanico", 3. Aufl. Jena 1698 (Die früheren Auflagen waren unter anderem Titel erschienen und kürzer).

90) Landsberg III 1 S. 58.

zu. Auf der Suche nach einem gemein(sam)en d e u t s c h e n Privatrecht kam Schilter von den einzelnen Territorialrechten her, wobei ihm die bei Carpzov aufgezeichnete sächsische Praxis unschätzbare Dienste leistete. Dabei mußte er Carpzov freilich Gedanken unterlegen, die diesem fremd waren. Carpzov ist kein echter Vertreter des usus modernus; die Betonung deutschrechtlicher Institute um ihrer selbst willen, wie sie in der Nachfolge Conrings sich ergab, war ihm fremd. Seine Darstellung des Rechtszustandes im sächsischen Rechtskreis war ein schlichter "Lagebericht", ohne Tendenz und Absicht der Förderung eines bestimmten Rechts, wenn auch seine durch die Statutentheorie geprägte Einstellung letztlich auf eine Bevorzugung des römischen Rechts hinauslief⁹¹⁾. Schilter hat genau das entgegengesetzte Bestreben und tut alles, um ihm zum Sieg zu verhelfen. Er benutzt Carpzov daher als Kronzeugen für die Geltung deutschrechtlicher Gedanken im sächsischen Recht. Dabei stützt er sich nicht so sehr auf Carpzovs Ausführungen, als auf seine Sprüche; 91a); diese dienen ihm als Nachweis deutschrechtlicher Praxis. Hierbei muß Schilter, um den deutschen Rechtsgrundsätzen verbindliche Geltung zuschreiben zu können, aus den Sprüchen den usus fori herleiten. Dieser Gedanke lag Carpzov bei der Anfügung seiner Sprüche sicher fern. Für ihn ist der Spruch äußerlich nur die Bestärkung der von ihm vertretenen Auffassung und wird von ihm als konsequente Anwendung der von ihm vorgeführten Überlegungen dargestellt, während die Kausalkette in Wahrheit genau umgekehrt verläuft⁹²⁾. Bei Schilter rückt der Spruch in die rechtschaffende Funktion des usus fori. Daß daraus Gegensätze im Hinblick auf die carpzovschen Begründungen auftreten müssen, ist eine notwendige Folge.

Denn Carpzov begründet aus der Sicht des römischen Rechts, Schilter im Sinne des deutschen Rechts. Da nun Schilter stets am Spruch festhalten muß, weil er Grundlage seiner Forderungen für die Geltung des deutschen Rechts ist, kann es seine Aufgabe

91) Kapitel 3, 2.Abschnitt und Kap.4, II. Abschnitt, I 2.

91a) Wie sehr gerade die Verwendung der Rechtsprechung bei Carpzov für seine Wertschätzung von Bedeutung war, zeigt auch G. Herrmann "Johann Nikolaus Hert" etc. (s.o.Kap.2 Anm.42) S.156.

92) Kap. 2, 2.Abschnitt, II.

und Chance nur sein, auch die Begründung auf deutsche Rechtsgedanken zurückzuführen. Hier denn kommt es zu den Gegensätzen zu Carpzov⁹³⁾, dem Schilter, so sehr er ihn schätzt⁹⁴⁾, doch Verstöße gegen germanistische Prinzipien vorhalten muß.

Den entscheidenden Schritt weiter tut erst in der Nachfolge Schilters Thomasius⁹⁵⁾. Er hat die einseitige römisch-rechtliche Ausrichtung der carpzovschen Praxis erkannt. Will er sie überwinden, so kann er sich nicht auf Angriffe gegen Carpzov beschränken. Dieser ist doch nur Sprachrohr der von ihm angeführten Gerichte. Daher stellen seine Sprüche tatsächlich den *usus fori* dar, wenn auch Carpzov selbst mit dem Abdruck diesen Zweck nicht verfolgte. Wollte Thomasius also gegen die römisch-rechtlich judizierende Praxis vorgehen, wie sie bei Carpzov aufgezeichnet war, dann mußte er das Übel bei der Wurzel packen und durfte mit seiner Kritik nicht vor den Sprüchen Halt machen. Das war allerdings, wegen der dargestellten⁹⁶⁾ Funktion der Sprüche bei Carpzov, gleichbedeutend damit, gegen Carpzov selbst anzukämpfen, soweit er der deutschrechtlichen Tendenz Thomasius' zuwiderlaufende Entscheidungen kundtat und befürwortete. So sind die Carpzov-Allegate bei Thomasius - gering an der Zahl sind sie ohnehin⁹⁷⁾ - in der Regel durch ablehnende Stellungnahmen gekennzeichnet. Die Begründungen freilich, die sich gegen den "*usus*" richten, sind meist nicht stichhaltig⁹⁸⁾. Sein Vorgehen

93) Vgl. Anm. 57 und 58.

94) Band I S. 270 § 29 "*Jctus supra laudem aestimandus*" Band 2 S. 72 "*Magnus vir*".

95) Chr. Thomasius "*Notae ad singulos Institutionum et Pandectarum titulos*" Halae Magdeburgicae 1713. Das Werk ist auf dem Titelblatt weiter wie folgt gekennzeichnet: "*varias juris Romani antiquitates, imprimis usum eorum hodiernum in foris Germanicis ostendentes*". - Landsberg III 1 S. 99 bezeichnet es als "Lehrbuch des deutschen Privatrechts in der Titelfolge der Institutionen und Pandekten." - Zu Thomasius vgl. Erik Wolf S. 371 ff.

96) Kap. 2, 2. Abschnitt.

97) Die thomasianischen Carpzov-Allegate werden vielfach dadurch "entwertet", daß er sie offenbar selbst gar nicht nachgelesen, sondern, wie sich schon aus der Art seines Zitierens ergibt, aus Schilters (Pand. S. 116, 378) oder Stryk's "*Usus mod.*" (Pand. S. 56, 57, 112, 180 u.v.a.m.) übernommen hat.

98) Beispiele: Inst. 1, 24 S. 107 "*Non obstant praejudicia apud Carpozovium, utpote quae docent saltem, quod actio subsidiaria hodie institui possit, non vero quod cum effectu*"

ist allerdings das einzige, das Erfolg verspricht. Da er gegen den *usus* keine juristischen Argumente ins Feld führen kann, denn der *usus* hat Gesetzeskraft, muß er den *nonusus* zu beweisen suchen. Daß seine Begründungen dabei nicht immer sehr überzeugend wirken, verschlägt an seiner großen Wirkung wenig.

Von Thomasius an datiert der Rückgang des carpzovschen Ansehens in der Literatur. Nicht als ob die große Carpzov-Tradition der Wissenschaft plötzlich abbräche. Aber sie hat ihre Bedeutung verloren, da ihre Grundlage erschüttert ist. Alle großen Juristen der folgenden Zeit, besonders die Praktiker, stammen aus der Schule des Thomasius und haben seine Lehren in sich aufgenommen. Selbst wenn sie von ihrer praktischen Tätigkeit her dem Einfluß Carpzovs noch in starkem Maße ausgesetzt sind und seine Autorität ihnen bezwingend entgegensteht, so sind sie doch von ihren rechtstheoretischen Grundanschauungen her in einen Gegensatz zu ihm getreten, der sie seine echte Bedeutung mehr und mehr verkennen läßt. Carpzov ist in ihren Augen veraltet, ein Hemmnis auf dem Weg zum richtigen Recht. So hat Thomasius, wenn es ihm selbst auch noch nicht gelingen konnte, Carpzov von seinem Platz zu verdrängen, doch den Grund zur allmählichen Abkehr von ihm gelegt.

- 98) (Forts.) *instituta fuerit*". Es ist nicht ganz verständlich, was der Erfolg einer Klage mit ihrer Zulässigkeit zu tun habe. Wenn die Klage zulässig ist - und darum allein kann es beim *usus* oder *non - usus* gehen - so könnte sie in einem anders gelagerten Fall ja auch einmal Erfolg haben. Pand 14,6 S.180 "*Contra quem non multum faciet allegatio praejudicii apud Carpzovium, quia una hirunda non facit ver.*" Diese Stelle ist schon in der Form für Thomasius bezeichnend; außerdem ist der Einwand sehr zweifelhaft, da man wohl als Regel davon ausgehen kann, Carpzov habe gesicherte Rechtsprechung geboten und vielleicht mehr Urteile zur Verfügung gehabt, doch (warum?) nur eines allegiert. Pand 26,6 S.254 "*Neque adeo Carpzovii sententia de poena amittendae hereditatis & responsum Scabinorum... videtur usum facere practicum, imprimis cum Beyerus... recte moneat, moribus nostris magistratum magis adstrictum esse, ut pro - spiciat pupillis de tutoribus, quam jure Romano.*" Wo liegt in diesen Ausführungen ein Argument gegen einen eventuellen andersartigen *usus*?

Hier zeigt sich mit aller Klarheit, wie Carpzovs Stellung gerade von der jeweiligen wissenschaftlichen Meinung des ihn allegierenden Autors geprägt ist. Schilter und Thomasius haben genau dasselbe Ziel: Förderung des deutschen Rechts. Aber während der eine aus seiner Achtung vor dem Gerichtsgebrauch - verhaftet in der Theorie des *usus modernus* - Carpzov zu seinem Kronzeugen stempelt, findet der andere aufgrund einer tieferen Einsicht in die Zusammenhänge carpzovscher Methodik in ihm den entschieden zu bekämpfenden Gegner. Persönliche Antipathien oder Sympathien spielen dabei gar keine Rolle⁹⁹⁾, die wissenschaftliche Einstellung entscheidet.

d) Daß dabei gegen Carpzov gerade aus diesem Grund abschätzende Urteile geäußert werden, härtere Worte fallen, als seiner Stellung und auch der eigenen Auffassung des Kritikers entspricht¹⁰⁰⁾, muß auf diesen Zwiespalt zwischen eigener Über-

99) Das beweisen auch die verschiedenen Allegationsarten aus carpzovschen Werken beim selben Autor (Anm.80).

100) Einige Stellen aus Leyser und Boehmer, gewissermaßen den "Erben" der carpzovschen Praxis:

1. Leyser spec. 333, thes.12 - es ist die berühmte Stelle über Carpzovs "mangelnde" Gesetzeskenntnisse (dazu o. Kap. 2, 1.Abschnitt III 1).

Sed neutram harum legum Carpzovius vidit, nescivitque rem in jure decisam esse. Id quod ei saepissime usu venit, ut theses suas auctorum testimoniis longaue et artificiosa ratiocinatione tuetur, ad quas probandas unica lex, si modo hanc in promptu habuisset, suffecisset. .. Id quod luculento indicio est, Carpzovium, dum opera sua compilavit, auctores sat multos legisse, leges ipsas, imprimis jus canonicum, vix inspexisse. Nec in rationibus dubitandi consarcinandis felicior est. Habet sat longas, sed potissimas tamen, maxime leges, quae illi saepe in faciem obloqui videntur, omittit."

Derselbe Leyser gesteht in Spec. 39 thes. 7 seine Achtung vor Carpzov, wenn er - vielleicht etwas ironisch - schreibt: "Neque videmus rationem, quae huic sententiae opponi queat, praeter Auctoritatem Carpzovii..."

2. Boehmer.

Die Stelle Exerc. 10 § 12 a.E. ist bereits Anm.24 wiedergegeben. Sie ist auch insofern auf Carpzov gemünzt, als ihm dort ein Beharren auf einem "inveteratus error" vorgeworfen wird, den Boehmer im folgenden näher bezeichnet. Hinsichtlich der Quellenkenntnis im kanonischen Recht stimmt Boehmer in Exerc. 9 § 6 Leyzers Auffassung zu: "nec JCti, alias celeberrimi, ut Reinkingius, Stephani, Laurentius, ... alique quos ubique fere sequitur Carpzovius, in tot erroneas decisiones incidissent, si veros fontes,

zeugung und tatsächlicher Geltung Carpzovs zurückgeführt werden.

Gerade die aus der Halleschen Schule des Thomasius kommenden Praktiker des sächsisch-brandenburgischen Rechtskreises, J.H. Boehmer und Aug. Leyser, stellen das unter Beweis. Noch zählen sie Carpzov zu ihren am meisten allegierten Autoren¹⁰¹⁾. Doch nicht aus der Gleichstimmung ihrer Auffassungen heraus, sondern aus der "praktischen" Notwendigkeit: Sie kommen in ihrer Stellung nicht ohne ihn aus¹⁰²⁾. Die Zeit nach ihnen wird es leichter haben; sie kann Carpzov vernachlässigen, weil sie sich auf Boehmer und Leyser berufen kann. Diese selbst aber stehen noch in enger Berührung mit Carpzov, dem sie, obgleich in ihren Anschauungen von Halle geprägt und dem carpzovschen Rechtsverständnis durchaus entfremdet, ihre widerwillige Anerkennung doch nicht versagen können.

Sie stehen insoweit ihrem Vorgänger Berger gleich, der, Schüler Schilters und Struves, in seinem ganz der sächsischen Praxis verpflichteten Hauptwerk¹⁰³⁾ der Autorität Carpzovs nicht entraten kann und will¹⁰⁴⁾, wenngleich er dessen Anschauungen an vielen Stellen nicht mehr teilt und zuweilen versteckte Kritik übt¹⁰⁵⁾. - Hier offenbart sich der tiefste Grund allen carpzovschen Einflusses auch auf die Wissenschaft: Die Praxis und wer aus der Praxis schrieb, kamen nicht um seine Autorität herum, weil die Gerichte an ihm festhielten, mit einer letztlich verderblichen Starrheit. So fällt Kritik auf Carpzov, die eigentlich den Dikasterien zu gelten hätte, welche von seiner Meinung, sei sie inzwischen auch als unrichtig erkannt, sich

100) (Forts.) huius juris consuluissent." Weitere ablehnende Äußerungen von ziemlicher Schärfe gegen Carpzov finden sich in den Exerc. 42 § 23 und 50,3 § 9 Anm.pp. Aber auch Boehmer anerkennt den großen Vorgänger in Exerc. 29,2 § 20, wo er ihn als "summus Jctus" bezeichnet.

101) Ihre Werke sind in folgenden Ausgaben benutzt:
1. Augustin Leyser "Meditationes ad Pandectas", Leipzig, Braunschweig und Geldern 1772;
2. Justus Henning Boehmer "Exercitationes ad Pandectas" Hannover 1764.

102) Zum Vergleich: Boehmer 52,2,2; 38,4,2. Leyser 89,3; 97,7; 9,7 (die letzte Stelle hebt speziell auf das Strafrecht ab).

103) Johann Heinrich Berger "Oeconomia Juris ad Usus hodiernum accomodati" 6.Aufl. Leipzig 1741(1.Aufl. 1712).

104) Oeconomia 2,2,34,21; 2,4,6,5; 2,4,16,4; 2,5,13,4.

105) Oeconomia 2,4,36,1; 2,4,38,2; 2,4,54,11.

nicht loszureißen vermögen.

e) Es wäre wohl zu einseitig gesehen, wollte man annehmen, daß nur die Notwendigkeit, Carpzov in der Praxis zu überwinden, den Nachfahren Anlaß gegeben habe, ihn anzugreifen. Das mag für seine strafrechtlichen Werke zutreffen¹⁰⁶⁾, für die zivilrechtlichen ist es nur ein Grund unter anderen. So dürfte ganz wesentlich das Vordringen des naturrechtlichen Ideengutes und seine schließliche Anerkennung mitgespielt haben. Carpzovs Entscheidungen stehen alle auf dem Boden des zwar unausgesprochenen, doch sicher gehandhabten gemeinrechtlichen "Gesetzespositivismus". Dieses Fundament hat das Naturrecht in doppelter Hinsicht erschüttert: zunächst, indem es die Vernunft als oberste Richtschnur und Maßstab des Richtigen vor das Recht setzte¹⁰⁷⁾, dann indem es aus eben diesem Grunde einer Billigkeitsrechtsprechung Vorschub leistete, deren verderbliche Wirkung bereits dargestellt ist¹⁰⁸⁾.

In der Theorie läuft dem das Streben nach dem System parallel, das, schon der eleganten Jurisprudenz nicht fremd (Donellus), in der Halleschen Schule Befürworter fand. Schon Pufendorf hatte sein Naturrecht in einem umfassenden Ordnungsschema dargestellt¹⁰⁹⁾. Doch findet sich bei ihm nicht das Bemühen um Systematik bis ins Detail, wie es die folgenden Generationen kennzeichnet. Er reißt Perspektiven auf, zeigt die Ableitungen und großen Linien. Es kann daher gar nicht Wunder nehmen, daß er Carpzov nicht einmal allegiert.

106) S.Anm.60. Es hat den Anschein, daß Carpzovs Einfluß im Strafrecht viel größer war. Im Zivilrecht einer unter mehreren gleich angesehenen Autoren, beherrscht er im Strafrecht offenbar weitgehend allein die Szene (vgl. Leyser 9,7). Hierüber sind keine Untersuchungen angestellt, Literatur zum Einfluß Carpzovs im Strafrecht s. Einleitung Anm1.

107) Bisher war die Vernunft gleichsam nur innerhalb des Rechtssystems herangezogen worden, weil gewisse Grundformen juristischer Begriffsbildung und Logik als selbstverständlich und unbezweifelbar vorausgesetzt wurden.

108) O. 1. Abschnitt am Ende.

109) Joh. Samuel Pufendorf "De Jure Naturae et Gentium" Frankfurt u. Leipzig 1744. Carpzov ist nie allegiert.

Seinen Höhepunkt sollte das Systematisierungsbestreben erst in den mathematisch-demonstrierenden Werken der Wolffschen Schule, vornehmlich also Nettelblatts, finden¹¹⁰⁾. Hier besteht zur Praxis weder Verbindung noch Interesse. Nicht die Anwendung des Rechts, sondern eine logisch-konsequente Ableitung aus allgemeinsten Oberbegriffen und seine lückenlose Einordnung in das System erscheinen als wesentliche Aufgabe. Kasuistik wird damit ausgeschlossen. Damit kann Carpzov unberücksichtigt bleiben.

Bei den Vertretern der Halleschen Schule führte das Bemühen um die systematische Einordnung nicht zu solchen extremen Auswüchsen. Das ist im wesentlichen auf die dort noch vorhandene Berücksichtigung praktischer Bedürfnisse zurückzuführen¹¹¹⁾.

f) Diese geht Hand in Hand mit dem Bemühen um ein tieferes Geschichtsverständnis. Damit wird zugleich die der eleganten Jurisprudenz zugehörnde Antiquitätenforschung gefördert. Diese Gesichtspunkte blieben aber ohne korrespondierenden Ansatz in Carpzovs Werken. So konnten denn auch die jetzt in dieser Richtung wirkenden jungen Autoren nicht auf ihn zurückgreifen. Hatte Carpzov etwa noch bei dem Holländer Voet, dessen Stil etwa dem des deutschen "usus modernus" entspricht¹¹²⁾ - damit zugleich auch seine über Deutschlands Grenzen hinausstrahlende Wirkung unter Beweis stellend - eine beachtliche Zahl von Allegaten aufweisen können, so ist bei den eleganten Vertretern der holländischen Jurisprudenz kein einziges Carpzov-Allegat mehr aufzufinden¹¹³⁾. Hier ist eine völlige Trennung von Praxis

110) Daniel Nettelblatt "Systema Elementare universae Jurisprudentiae Naturalis et Positivae" 1.Aufl. Halle 1749. Carpzov ist nie allegiert.

111) Vgl. Cocceji (Anm.80 Ziffer 3) Jus Civile Controversum. Aber auch in seinem Werk "Justitiae Naturalis et Romanae Novum Systema", Lausannae 1762 findet Carpzov noch Berücksichtigung, wenn auch vor allem als Strafrechtler. In geringerem Maße nur gilt dies von Heineccius (Anm.80 Ziffer 2 und Anm.70). Immerhin berechtigen seine "Elem. jur.Germ." zu dieser Behauptung, da sie dem geltenden Recht zu dienen bestimmt sind.

112) Landsberg III 1 S.164. Johannes Voet "Commentarius ad Pandectas" Halle 1776. Es handelt sich um eine deutsche Ausgabe; eine Auflageziffer ist nicht genannt.

113) 1. Cornelius van Bynkershoek "Observationum Juris Romani

und Theorie erstrebt und erreicht. Da das Bemühen auf die Darstellung des reinen klassischen Rechts gerichtet war, konnte der zeitnahe Praktiker Carpzov nicht mehr berücksichtigt werden.

Ganz Ähnliches gilt von den deutschen eleganten Juristen, die aus der Halleschen Schule heranwuchsen. Wenn auch bei ihnen die Verbindung zur Praxis nie ganz abgerissen erscheint, so ist sie doch nur mehr sehr dünn und Carpzov kann bei ihnen nur noch zu den Schriftstellern von untergeordneter Bedeutung gezählt werden. Soweit sich diese Autoren dem klassischen römischen Recht oder gar der römischen Rechtsgeschichte zuwenden¹¹⁴⁾, ist das eine vom Thema her notwendige Folge. Aber auch bei der im selben Zuge nicht weniger befruchteten germanistischen Antiquitätenforschung ist Carpzovs Name nur einer unter vielen und wenig bedeutsam¹¹⁵⁾. Sein mangelndes historisches Interesse und der Zuschnitt der Sammlungen auf die Tagespraxis wirken sich hier spürbar aus.

- 113) (Forts.) *quattuor libri*" 2.Aufl. Frankfurt und Leipzig 1739; desselben *"Opuscula"* Halle 1729.
2. Auch bei Westenbergs (Joh. Ortwin Westenbergs *"Principia Juris secundum Ordinem Digestorum seu Pandectarum"* Wien 1755 - 1.Aufl. 1699-), der zwar von Geburt Deutscher ist, dennoch aber völlig der holländischen eleganten Schule angehört, gilt dasselbe. Er nennt Carpzov nie. Im Vorwort schreibt er: *"ab allegationibus Interpretum vero & collatione Juris hodierni abstinui"*.
- 114) 1. Hierher kann auch Cocceji mit seinem *Naturrecht* (Anm. 111) gezählt werden. Zwar geht er vom *Naturrecht* aus, bemüht sich aber stets darum, das klassische römische Recht als diesem entsprechend nachzuweisen (Landsberg III 1 S.215). Carpzov ist im ganzen Werk 7mal allegiert. Davon entfallen: 1 Allegat auf die Definitionen, 1 Allegat auf das Kirchenrechtl. Werk und 5 Allegate auf die *Practica nova*.
2. Joh. Gottl. Heineccius *"Elem.jur.Civilis"* Anm.80.
3. Christ.Godofr.Hoffmann *"Historiae Juris Romano - Justinianei Volumen..."* Leipzig 1726. Carpzov wird nur einmal auf S.187 des 2.Bandes erwähnt.
- 115) Joh.Wilh.Hoffmann *"Observationum Juris Germanici libri duo"*, Frankfurt und Leipzig 1738.- Hier ist Carpzov nie allegiert. Es geht bei Hoffmann auch nicht um das geltende Recht, sondern um altdeutsche Rechtsquellen, *Lex Salica*, *Malbergische Glosse* u.a. Hauptsächlich sind Schilter, Wachter und Heineccius herangezogen.

Dies gilt nicht nur für die Anfänge der eleganten Jurisprudenz in Deutschland, die noch stark unter holländischem Einfluß steht. Auch späterhin beachten die Autoren, deren Interesse geschichtlichen Fragen gilt, Carpzov nur wenig und dies nicht nur, soweit sie als echte "elegante Juristen" sich dem klassischen Recht in seiner Geschichte gewordenen Gestalt verschrieben hatten¹¹⁶⁾, sondern auch wenn sie sich wieder um die Erfassung des geltenden römischen Rechts aber aus seiner geschichtlichen Entwicklung und Veränderung heraus bemühen¹¹⁷⁾.

g) Nicht anders liegt es bei den Werken über das deutsche Privatrecht. Wenn Carpzov in den der Quellenforschung gewidmeten Werken nicht allegiert wird, ist dies thematisch noch verständlich¹¹⁸⁾, weil sachlich keine Anknüpfungspunkte bestehen. Aber auch in den systematischen Werken des geltenden deutschen Privatrechts findet er nur geringe Beachtung. Zwar noch Heineccius¹¹⁹⁾ zieht ihn häufiger heran, jedoch als ausgesprochenes Spezialwerk für sächsisches Recht - insofern eine der Stellung bei Schilter ähnliche Bedeutung¹²⁰⁾. Doch schon bei den wenig später liegenden Systematikern des deutschen Privatrechts, Selchow¹²¹⁾

116) Carl Christoph Hofacker "Institutiones" (Anm.80), Carpzov ist nie genannt.

Aus dem Anhang zur 2.Aufl. S.10: "Mein erster Grundsatz ist dieser, daß ich nichts als bloßes römisches Recht abhandle, und also nichts vom deutschen und canonischen Recht und überhaupt nichts vom sogenannten usus modernus..."

117) Julius Friedr. Malblanc "Principia Juris Romani secundum ordinem Digestorum." 1.Aufl. 1801. Dieses Werk, am Ausgang der naturrechtlichen Epoche, zieht Carpzov nurmehr sehr spärlich heran. Wenn der Verfasser auch im Vorwort Carpzov als einen seiner Hauptautoren für dogmatische Fragen anführt, so hebt er im Text doch mehr auf die Carpzov im Vorwort gleichgestellten Vertreter des usus modernus Voet und Lauterbach ab.

118) Anm.115.

119) Heineccius "Elementa Jur.German" (Anm.80).

120) Elem. Jur.Germ. 1,12,278; 1,15,362; 2,3,91 Anm.2,4,121. Im Privatrechtlichen Teil sind rund 40 Allegate mit Carpzov-Stellen aufgenommen: eine hohe Zahl bei der allgemeinen Allegierungsweise dieses Werkes.

121) Joh.Heinr. von Selchow "Elementa Juris Germanici Privati Hodierni", 7.Aufl.Göttingen 1787. Carpzov wird - wenn überhaupt - vor allem für das sächsische Recht herangezogen: Bs.Teil, § 243 Anm.13, § 324 Anm.4, § 454 Anm.2.

und Runde¹²²⁾, ist die Zahl der Allegate nur noch verschwindend gering, Carpzov ganz unbedeutend. Die Gründe hierfür sind offenkundig. Soweit aus den deutschen Partikularrechten gemeinsame Grundzüge deutscher Rechtsinstitute abstrahiert werden sollten, bedurfte es eines Rückgriffes auf Carpzov nicht mehr. Daß deutsche Rechtsgedanken noch in starkem Maß lebendig waren, stand inzwischen außer Zweifel und eine Ableitung aus dem *usus fori* war nicht mehr erforderlich. Soweit aber Fragen der Praxis zu behandeln waren, gab es jetzt jüngere Autoren: Berger, Leyser, Boehmer. Sie waren schon deshalb Carpzov vorzuziehen, weil in ihren Werken die Problematik des Nebeneinander und die Gegensätzlichkeit von deutschem und römischem Recht erkannt und auch aufgezeigt war. Ihre Schriften waren für den Deutschrechtler daher viel fruchtbringender und auch leichter auszuschöpfen als die Carpzovs. Ganz abgesehen von dem Mangel historischen Verständnisses, verfocht jener außerdem genau den gegensätzlichen Standpunkt wie die Vertreter des deutschen Privatrechts, da sein - wenn auch nicht tendenziöses - Bemühen auf eine Einheit des Rechts auf römisch-rechtlicher Basis gerichtet war, während man eben jetzt um eine saubere Scheidung beider Materien rang.

Nur wenn es nicht auf eine Darstellung des deutschen, sondern des sächsischen Privatrechts ankam, konnte Carpzov wieder Bedeutung erlangen. Hier ging es wieder um geltendes Recht. Ein geltendes deutsches Privatrecht hatte es noch nie gegeben, immer nur geltende Partikularrechte. So begegnen sich bei der Behandlung des sächsischen Privatrechtes zwei der Wirkung Carpzovs förderliche Elemente: seine Ausrichtung auf sächsisches, wie seine alleinige Zuwendung zum geltenden Recht. Bei den Autoren des sächsischen Privatrechtes findet sich denn auch noch später, da der Ruhm Carpzovs in der allgemeinen Entwicklung schon lange verblaßt ist, noch eine erstaunliche Zahl von Alle-

122) Justus Friedrich Runde "Grundzüge des gemeinsamen deutschen Privatrechts, "5. Aufl. Göttingen 1817. Carpzov ist 4 mal allegiert.

gaten seiner zivilrechtlichen Werke¹²³⁾.

h) Auch in der jüngeren aus der Praxis erwachsenen Literatur ist der Name Carpzov noch nicht ganz untergegangen. In Bieners¹²⁴⁾ Sammlung der Entscheidungen sächsischer Gerichte - bei dieser Verbindung geradezu selbstverständlich - zählt Carpzov zu den Hauptautoren.

Nur in geringem Maß, aber doch noch spürbar, gilt er als Autorität auch noch in der Praxis außersächsischer Gerichte. Nachdem durch und nach Leyser die sächsische Praxis ihre führende Rolle verloren hatte, war die hannöversche an ihre Stelle getreten¹²⁵⁾. Unter Strubens Aegide bildete sich bald eine Vorrangstellung unter den norddeutschen Gerichtshöfen heraus. Dennoch greift Struben¹²⁶⁾ oft auf Carpzov zurück. Seine Sammlung läßt den Einfluß des Leipziger Schöppen auf die Praxis so lange Zeit nach seinem Tode noch einmal in aller Deutlichkeit aufscheinen. Dabei mag mitsprechen, daß das hannöversche Recht aus seinem partikularistischen Charakter heraus dem sächsischen Partikularrecht näher stand als etwa dem gemeinen Recht.

So ließe es sich erklären, daß Strube bei Carpzov mehr Parallelen und Grund zu Allegationen fand, als Cramer¹²⁷⁾ in seinen Sammlungen der reichskammergerichtlichen Entscheidungen. In diesen Arbeiten finden sich erheblich weniger Allegate als bei Struben - z.T. wegen des ohnehin geringen Allegatenschatzes: maßgebender dürfte der Umstand gewesen sein, daß der Gegensatz des vom Reichskammergericht gepflegten gemeinen Rechts zum Partikularrecht eine Allegation des sächsisch beeinflussten Carpzov beeinträchtigte.

123) 1. Aug. Friedr. Schott "Institutiones Juris Saxonici Electoratus Privati" 1778.

2. Haubold nennt Carpzov in seinem "Lehrbuch des Kgl. sächsischen Privatrechts" Leipzig 1829 S. 37 "den Vater der sächsischen Praxis".

124) Auszugsweise in "Opuscula Academica" Teil 2, Leipzig 1830.

125) Landsberg III 1 S. 213 und 260.

126) David Georg Strube "Rechtliche Bedenken, geordnet, ergänzt, berichtet, angemerkt von E. Spangenberg", Hannover 1827.

127) Joh. Ulrich de Cramer "Observationes Juris Universi ex praxi recentiori supremarum Imperii Tribunalium haustae", Wetzlar 1758ff; desselben "Wetzlarische Nebenstunden" Ulm 1755ff.

III. Beim Ausklang der naturrechtlichen Periode ist der Stern Carpzovs schon lange gesunken. Seine Tagespraxis im Stile des *usus modernus* hat ihm zwar immer wieder die Sympathie oder mindestens Anerkennung der Praktiker gewonnen, doch die eleganten Juristen entfremdet. Die mangelnde historische Fundierung seines Rechtsverständnisses ließ die romanistische wie die germanistische Antiquitätenforschung auf ihn verzichten. Das Fehlen des Systems und einer alles durchpulsenden Weltanschauung entfremdete ihm die rein naturrechtliche Literatur. Die historische Schule wird schließlich aus allen diesen Gründen ihn gänzlich fallen lassen.

Zwar Eichhorn¹²⁸⁾ zieht ihn noch einige Male heran, doch ohne ihm damit auch nur den geringsten Einfluß auf sein Werk einzuräumen. Da er ein deutsches Privatrecht schreibt, steht er dabei zu Carpzov und seiner Vermischung deutscher und römischer Rechtsbestandteile weniger im Gegensatz als die Vertreter des klassischen römischen Rechts in der historischen Schule. In ihren Werken ist Carpzov bedeutungslos geworden. Daß dies gerade auf den eben genannten Umstand zurückzuführen ist, zeigt ein Vergleich mit Thibaut¹²⁹⁾, der in seiner Fülle von Allegaten auch Carpzov noch vernehmbar zu Worte kommen läßt. Bei Savigny dagegen finden sich allein im "System"¹³⁰⁾ noch 4 Allegate, im "Besitz" und "Obligationenrecht"¹³¹⁾ taucht Carpzov nicht mehr auf. Puchtas "Institutionen" kennen seinen Namen nicht mehr, die "Pandekten"¹³²⁾ erwähnen ihn im einleitenden historischen Abschnitt. Bei Windscheid ist Carpzov nicht mehr

128) Karl Friedrich Eichhorn "Einleitung in das deutsche Privatrecht", 5.Aufl., Göttingen 1845.
(11 Carpzov Allegate im ganzen Buch).

129) Anton Friedrich Justus Thibaut "System des Pandektenrechts", 7.Aufl. Jena 1828.

130) Friedrich Carl von Savigny "System des heutigen römischen Rechts", 1.Aufl. Berlin 1840f.

131) 1. "Das Recht des Besitze", 7.Aufl. 1865, herausgegeben von Ad.Fr.Rudorff.

2. "Das Obligationenrecht", Berlin 1851 und 1853.

132) 1. G.F. Puchta "Institutionen", 9.Aufl. Leipzig 1881, hg. von P. Krüger.

2. G.F. Puchta "Pandekten", 12.Auflage, Leipzig 1877, hg. von Th. Schirmer.

genannt¹³³⁾. Jetzt auch hat er seine Bedeutung für die Praxis verloren, da mit der Gründung des Deutschen Reichs 1871 die Vereinheitlichung des Rechts durch große Kodifikationen rasche Fortschritte macht und für Wissenschaft und Rechtsprechung die Erarbeitung der neuen Gesetze den Rückgriff auf den großen Praktiker ausschließt.

133) Bernh. Windscheid "Lehrbuch des Pandektenrechts", 6. Aufl., Frankfurt 1887.- In seinem Vorwort erklärt der Verfasser, sich in seinen Allegaten auf die Autoren nach Glück beschränken zu wollen und führt dies hinsichtlich Carpzovs jedenfalls streng durch.

Zusammenfassung

Carpzov als Praktiker zu bezeichnen, heißt Eulen nach Athen tragen. Doch charakterisiert ihn diese Bezeichnung wie kaum einen andern. Nicht nur, daß er für die Praxis gearbeitet hat - und daher sich in der äußeren Form an die noch herrschende Methode halten mußte, um nicht auf Ablehnung zu stoßen - er schrieb auch aus der Praxis.

Rechtsprechung ist immer konservativ. Sie fußt auf der Überlieferung und kann sich nicht leicht einer neuen Geistesrichtung anschließen. So weist schon sein Ausgangspunkt Carpzov in eine Richtung, die der Zeitströmung und wissenschaftlichen Entwicklung zuwiderlief. Er sah es nicht als seine Aufgabe, das Recht fortzuentwickeln, sondern den Bestand zu erhalten. "Wer in diesem gewissenhaften Rechtswahrer den Rechtsreformer oder fortschrittlichen Theoretiker zu finden erwartet, muß zu einer Unterschätzung Carpzovs gelangen, weil er vergleichsweise auf einem Apfelbaum nach Birnen sucht."¹⁾

So stehen denn auch seine zivilistischen Arbeiten unter der Bestimmung, das Überkommene zu sammeln. Das bedeutete, der Tradition zu dienen. Da diese Sammlung zugleich für die Praxis Verwendung finden sollte, war sie, nach herkömmlich scholastischer Weise in Einzelfälle aufgespalten, besser verwendbar als in systematischer Anordnung. Die Entscheidung des Einzelfalles steht daher viel mehr im Vordergrund, als die Entwicklung eines dogmatisch sauberen Systems. Gerechtes Urteil und gerade Linie der Rechtsprechung bestimmen die Richtung von Carpzovs Schaffen. Damit war er den Präjudizien seines Schöppenstuhles verpflichtet, nicht nur was die Entscheidung selbst betrifft, sondern auch für ihre Einordnung. Denn sie mußte mit dem Gesamtbau des sächsischen Statutarrechts harmonisieren. Diese Verbundenheit ließ sich am besten durch den Anschluß an die kursächsischen Konstitutionen von 1572 herausstellen. Dazu machte diese Verknüpfung den räumlich beschränkten Wirkungskreis des Wer-

1) Boehm ZStrRW 61,311.

kes, den es sich selbst setzte, deutlich. Zugleich ergab sich daraus die Notwendigkeit, frühere Rechtsprechung wie auch deutsche (sächsische) juristische Literatur bevorzugt heranzuziehen. Die allegierten Werke durften aber nicht nur aus dem engen Geltungsbereich des sächsischen Rechts stammen. Vielmehr ergab sich aus dessen Verknüpfung mit dem römischen Recht, wie aus dem Gestaltungswillen der Zeit²⁾ die Notwendigkeit, auch zahlreiche ausländische Autoren heranzuziehen. Doch war das Benutzen der Literatur viel zu sehr Mittel zum Zweck, das billige Ergebnis zu begründen, als daß es Carpzov darauf angekommen wäre, sie nur als Ansatzpunkt oder als Bestätigung für eigene Gedankenführung zu verwenden. Übernahmen waren einfach eine bei der Fülle des Stoffs erforderliche Arbeitserleichterung. Es lag außerhalb Carpzovs Interesse, sich durch eigenständige Begründung hervorzutun, eine neue Theorie zu begründen. Er schrieb nicht aus Laune oder um seiner selbst willen, sondern der Rechtsanwendung wegen. Nur das Ergebnis zählt. Damit ist Carpzovs Verdienst zwar darauf begrenzt, das Recht seiner Zeit dargestellt zu haben - umfassend, doch knapp in der Menge, präzise im einzelnen. Doch muß man ihn vom Ziel her beurteilen, nicht von der Durchführung. Denn diese ist weder neu, noch Carpzovs eigenes Werk. Die Form stammt von Faber, der Inhalt aus der Rechtsprechung und überkommenen Literatur. Von beiden wurde Carpzov zu seinem Rechtsverständnis hingeführt. Das Corpus Juris war für die Wissenschaft die ratio scripta, für die Judikatur Entscheidungsgrundlage. Beide Gedanken lassen gewisse positivistische Züge verständlich werden, da ihnen beiden die Wertschätzung der römischen Kodifikation zu Grunde liegt. So abgeleitet, konnte die Stellung Carpzovs zum deutschen Recht sich daher nicht im deutschrechtlichen Sinne gestalten, sondern mußte zum römischen Recht tendieren. Nicht als ob das römische Recht bei ihm die Formen des Sachsenspiegels verdrängt hätte. Gerade die äußere Form ist gewahrt. Doch ist sie ausgehöhlt und mit römischem Gedankengut - manchmal nur wenig glücklich - ausgefüllt. Trotz der äußerlich dominierenden deutschrechtlichen Gestalt, beruht das zivilrechtliche Werk im dogmatischen

2) Boehm ZStrRW 61,312ff.

Grund eindeutig auf römischem Recht³⁾. Daß diese äußere Gestalt später großen Wert gewann, weil sie der aufstrebenden rechtshistorischen Erkenntnis die Möglichkeit bot, die deutsche Form auch wieder mit deutschem Geist zu erfüllen, ist nicht Carpzovs Verdienst.

Er ist der Kompilator, von seinem Ziel her neutral, der konstatiert, was gilt, nicht was galt, noch was gelten soll. Er schuf den Stoff, aus dem die spätere Zeit sich die Bausteine brach, um ihre neuen Lehrgebäude zu errichten, - zum Teil gerade gegen Carpzov. So konnte in der Tat sein Werk das Fundament einer deutschen Rechtswissenschaft werden, weil es in einer dem zeitgenössischen rechtswissenschaftlichen Stil und Geschmack entsprechenden Form dargeboten wurde⁴⁾ und weil es ein schier unerschöpfliches Material bot, vom Inhalt wie von der Begründung her. Darauf vermochten sich spätere Generationen mit Sicherheit zu stützen, bis eine neue Begründung des Rechts aus naturrechtlichen Gedankengängen die Praxis Carpzovs entbehrlich machte.

3) Anders v. Weber. Es mag sich für das Strafrecht anderes ergeben als für die zivilrechtlichen Sammlungen.

4) Boehm ZStrRW 61,312.

A n h a n g

Der Einfluß Carpzovs auf die kursächsischen Decisionen des Jahres 1661.

Decis. 1 gegen Carpzovs Meinung in Def. 2,7,15.

2 entspricht Carpzovs Meinung in Resp. 2,105,10.

3 " " " " Decis. 48.

4 " " " " Def. 1,16,18.

5 " " " " Dec. 103.

6 gegen " " " Resp. 4,25.Def.1,28,84.

7 entspricht " " " Def. 1,28,59.

8 " " " " Resp. 4,46.

9 " " " " " 4,45.

10 " " " " " 4,43.

11 " " " " " 4,8.

12 " " " " " 3,63.

13 gegen " " " " 1,73.

14 entspricht " " " " 2,8.

15 " " " " " 2,93.

Proc.19,4,11.

16 " " " " Resp. 2,106.

17 " " " " " 3,45.

18 " " " " Def. 1,12,8.

19 " z.T. " " " Proc.11,5,29.

20 " " " " Resp. 3,85.

21 " " " " " 6,69.

22 " " " " Def. 2,13,5.

23 " " " " Resp. 6,118.

24 " " " " Def. 2,15,19.

25 " " " " " 2,16,6.

26 " " " " " 2,12,14.

27 gegen " " " " 2,30,24.

28 entspricht " " " Resp. 5,33.

29 gegen " " " Def. 2,30,26.

30 " " " " " 2,30,46.

31 entspricht " " " " 2,23,24.

32 " " " " " 2,46,35.

Decis. 33	entspricht	Carpzovs	Meinung	in	Def.	2,52,3.
34	gegen	"	"	"	Resp.	5,89.
					Def.	2,11,19.
35	entspricht	"	"	"	Resp.	5,87.
36	"	"	"	"	"	2,33.
37	"	"	"	"	Def.	1,27,8.
38	"	"	"	"	Resp.	4,31.
39	"	"	"	"	Decis.	293,7 (etwa).
40	"	"	"	"	Resp.	5,35
41	"	"	"	"	"	5,86
42	"	"	"	"	Decis.	126
43	"	"	"	"	Def.	3,1,13.
44	"	"	"	"	"	3,3,30.
45	"	"	"	"	"	3,3,15,
						3,3,32.
46	"	"	"	"	"	3,4,12.
47	gegen	"	"	"	"	3,8,5.
48	entspricht	"	"	"	Resp.	6,41.
49	gegen	"	"	"	Def.	3,14,12.
50	entspricht	"	"	"	"	3,11,17.
51	"	"	"	"	"	3,22,6.
52	keine Äußerung Carpzovs					
53	gegen	Carpzovs	Meinung	"	Def.	3,31,4.
54	entspricht	Carpzovs	Meinung	in	Def.	3,12,12.
55	entspricht	Carpzovs	Meinung	in	Resp.	6,56.
56	keine Äußerung Carpzovs.					
57	z.T. gegen Carpzovs Meinung in Def. 3,14,31,11.					
58	gegen	"	"	"	"	1,28,148.
59	entspricht	"	"	"	Proc.	2,1,41ff.
60	gegen	"	"	"	Def.	2,23,14,5.
61	entspricht	"	"	"	Resp.	1,102.
62	"	"	"	"	"	6,70.
					Def.	2,10,13.
63	"	"	"	"	Resp.	4,27.
64	"	"	"	"	"	5,107.
65	gegen	"	"	"	"	4,79.
					Def.	2,31,21,1.
66	entspricht	Carpzovs	Meinung	"	Resp.	5,105.

- Die Abkürzung "Pr.crim." verweist auf das strafrechtliche Werk "Practica nova Imperialis Saxonica..." Frankfurt 1758, (herausgegeben von Böhmer), die Abkürzung "Proc" auf das Zivilprozeß-Lehrbuch "Processus Juris in foro Saxonico" Jena 1675.

Die Abkürzung "Pr.crim." verweist auf das strafrechtliche Werk "Practica nova Imperialis Saxonica..." Frankfurt 1758, (herausgegeben von Böhmer), die Abkürzung "Proc" auf das Zivilprozeß-Lehrbuch "Processus Juris in foro Saxonico" Jena 1675.

L e b e n s l a u f

Am 17. Dezember 1937 wurde ich in Baden-Baden als Sohn des derzeitigen Verwaltungsamtmannes Friedrich Heine und seiner Ehefrau Karoline geb. Frank geboren. Ich wuchs in Baden-Baden auf. Dort besuchte ich von 1943 an die Volksschule, von 1947 an das humanistische Gymnasium Hohenbaden. Im Februar 1956 legte ich die Reifeprüfung ab und nahm im Sommersemester 1956 an der Universität Freiburg das Studium der Rechte auf.

Vom Sommersemester 1957 bis einschließlich Sommersemester 1958 setzte ich meine Studien an der Universität München fort, um dann nach Freiburg zurückzukehren. Hier unterzog ich mich nach insgesamt acht Studiensemestern der ersten juristischen Staatsprüfung, die ich im Juni 1960 bestand. Seit 15. Juli 1960 bin ich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg als Gerichtsreferendar tätig. Meine Ausbildungsstationen absolvierte ich in Emmendingen, Baden-Baden und Freiburg. Vom März 1962 bis Juni 1963 war ich nebenberuflich als wissenschaftliche Hilfskraft am Juristischen Seminar der Universität Freiburg angestellt.

